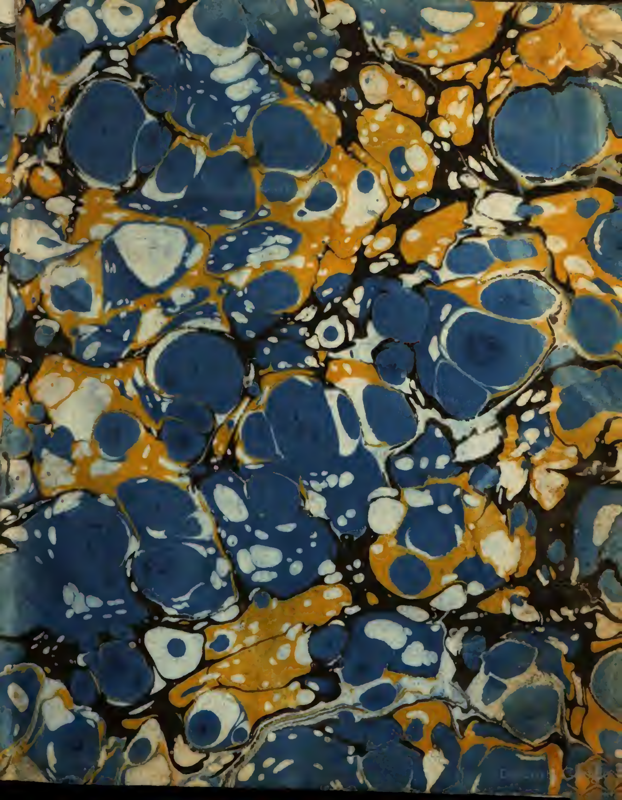


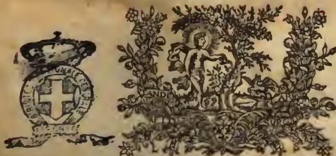


ULRICI HUBER
Jurisconsulti & Ex-Senatoris Frisii,

EUNOMIA ROMANA
SIVE
CENSURA CENSURÆ
JURIS

JUSTINIANÆI;
CONTINENS
Examen præcipuorum juris locorum,
SECUNDUM
PANDECTAS & INSTITUTIONES;
Quæ ut falsa, iniqua, inhonesta, absurda, corrupta, subornata variè traducta secundum veras Jurisprudentiæ, Philosophiæ civilis, Historiæ & Sacrarum literarum rationes, vindicantur, sanantur aut explicita illustrantur, & cum usu temporum conferuntur.

POSTUMUM OPUS,
Quod accurate recensuit, in lucem edidit, eique uberrimum Indicem adjecit, unà cum Oratione funebri habita in memoriam AUCTORIS,
ZACHARIAS HUBER, Ulr. Fil.



FRANEQUERÆ,
Apud LEONARDUM STRICKIUM,
MDCC.



DEO TER OPTIMO MAXIMO.

FONTI UNICO BONI ET ÆQUI.

JURIS JUSTITIÆQUE AUCTORI ET STATORI SUMMO.

ILLUSTRISSIMIS

PATRIÆ PATRIBUS

LIBERTATIS ATQUE LEGUM VINDICIBUS GRAVISSIMIS.

NOBILISSIMIS ET AMPLISSIMIS

IN ALMA PATRIA

IUSTITIÆ PRÆSIDIBUS.

THEMIDOS ROMANÆ CUSTODIBUS RELIGIOSISSIMIS. PRUDENTISSIMIS. EJUSDEMQUE PATRONIS MAGNIFICIS. FAUTORIBUS BENIGNISSIMIS.

HASCE JURISPRUDENTIÆ ET EUNOMIÆ ROMANÆ VINDICIAS DEVOTO PECTORE ET OBSEQUIOSO ANIMO DEDICAT CONSECRATQUE,

ZACHARIAS HUBER.

LECTORI CANDIDO
& divini humanique Juris ſcienti,
S. D.
Z. HUBER.

PRudenter admodum, & egregia ratione humanitatis tradidit homo excelſi ingenii Papinianus: *Ea quæ lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & generaliter quæ contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt.* Hæc Papiniani oratio belliſſime definit Juriſprudentiæ Romanæ ſummam, pulcherrimoque elogio commendat Artis graviſſimæ & ſanctiſſimæ decus, cujus triplex præceptum *honeſte vivendi, alterum non lædendi, ſuum cuique tribuendi*, revera nihil aliud continet, quàm laudabile monitum illa faciendi quæ bonis moribus & honeſtati congrua eſſe natura ipſa, & recta ratio dictant. Neque novum hoc aut mirum ullo modo videri poteſt iis, qui norunt *Juris Civilis* conditores veram philoſophiam non ſimulatam affectare. Profitentur enim ſe *Juris Sacerdotes*, qui juſtitiam colunt, boni & æqui notitiam profitentur, æquum ab iniquo ſeparantes, licitum ab illicito diſcernentes, bonos non ſolum metu pœnarum, verùm etiam præmiorum exhortatione efficere cupientes. Quibus placet hoc ſtudium, quibus cordi curæque iſtud conſilium eſt atque animi

propoſitum, næ illos ſærio ſinceráque fide oportet ſectari pietatem & honeſtatem, tueri quoque verecundiam ac bonos mores, ſine quibus nulla ſtare Civitas, neque ſalus Reipublicæ conſiſtere poteſt. Quanquam verò Artis noſtræ veteres Autores haud ſemper Legis neceſſitate & ſeveritate ſanciunt honeſte vivendi officium, nec ubique publici júris autoritate ſigillatim ea comprehendunt, quæ pietatem, verecundiam, bonos mores ſpectant; nunquam tamen non cives honeſtos & viros bonos efficere cupiunt, laudant probantque illud quod *æquius melius* eſt, idque adhortationibus & exemplis civibus inculcare vel potius commendare ſatagunt. Fuere permulti, iique Doctiſſimi Viri, qui crediderunt ſibi iſtud negotii datum eſſe, ut colligerent ac in medium proferrent quàm plurimas Juris Romani reprehenſiones, ejuſque Conditores ceu à bono honeſtoque vehementer abhorrentes fictæ adſeverationis reos facerent. Venerandus PATER meus ὁ νῦν ἐν ἁγίοις, officii duxit ad ſollicitudinem ſuam revocare tam atrocem Artis pulcherrimæ cenſuram, Juris Civilis tutelam in ſe recipere, eamque incorrupto Eruditorum judicio próponere. Non ignoravit ſe duram cepiſſe provinciam, & arduum laborem aggreſſum eſſe; ſed exiſtimavit hoc eſſe boni Interpretis, bene mereri de Juriſprudentia, cujus notitiam profitetur, id operam dare, ut honorem iſtius *Scientiæ* conſervet ſartum tectum, atque demonſtret pleraque Juris noſtri loca, quæ ut iniqua, inhoneſta, falſa, abſurda traducuntur, ſano ſenſu intellecta, nihil ejuſmodi continere, cujus à Claris hominibus inſimulantur. Diſputandum heic erit non modò cum *Theologis*, verùm etiam, quod minime ferendum videtur, ipſis *Jure-Conſultis*, qui magno conatu nimiaque licentiâ, ſuæ Artis Principes, quorum ſententias & placita Illos interpretari decebat, audent vocare ſub cenſuram, & adverſus illos lucubrationis ſuæ telum ſtringere. Theologos inter Cenſores familiam ducit *D. Ameſius*, qui dum tractat varios caſus ad dictamen Conſcientiæ pertinentes, autumat ſe in Iure Romano

mano

mano inveniſſe nonnullas poſitiones valde noxias & conſcientiæ graves, quas nota cenſoria ſatis acriter reprehendit. Quod ad haſce objectiones *Ameſianas* attinet, ἐκ περιουσίας Auctor hujus Operis abunde probatum dedit illius Theologi in alieno foro verſantis acumen ICtis non eſſe expaveſcendum, quia plerumque opinionis errore ductus, elenchi laborat ignorantiâ, ſibique fingit ideas rerum, quas è veris Iuris Romani principiis confutare in proclivi eſt hominibus Iuriſperitis. Ex ipſo ICtorum ordine Cenſorum facile princeps fuit, Antonius FABER maximi nominis & acutiſſimi ingenii Interpres. Hunc mirificum cepit deſiderium detegendi flagitia *Triboniani*, errores ejus abſurdiſſimos arguendi, eumque incredibilis ἀκρισίας, oſcitantiæ, imperitiæ, ineptiæ, ſtultitiæ denique infamiâ notandi. His convitiis, vir ſummus lacerare famam *Triboniani* non fuit veritus, eam ſcilicet præ ſe ferens modeſtiam ut parcat honori & dignitati veterum ICtorum. Noſter *Auctor* inclutæ recordationis non putavit eſſe ſacrilegium, reprehendere Tribonianum, vel antiquos Iuſtitiæ ſacerdotes, ſed hoc agere gloriamque inde captare, ſicut facere videntur qui tantopere ſæviunt in Compilatores juris *Juſtinianæi*, nefas exiſtimavit ac à ratione alienum. Oſtendit itaque ipſis rerum argumentis, tanti criminis & flagitioſæ culpæ temere poſtulatum *Tribonianum*, ejuſque errores quos indicat *Faber*, maximam partem eſſe fictitios & nullos. Iiſdem tanti viri gnaviter inſiſtunt veſtigiis D. Antonius MATTHÆUS, Senior, Clariſſimus olim Antecceſſor Groninganus, ejuſque auditor & γνήσιος diſcipulus D. WISSENBACHIUS, in noſtra quondam Academia inclutum nomen. His in more poſitum fuit, immodico ſtudio publicare & paſſim in ſcriptis ſuis exagitare fœdiſſima, ut ajunt, *Triboniani* vitia, quæ commiſerit in condendo Juris corpore, *quo* nunc utitur humanior orbis Europæi pars Satisfactum eſt pariter in hoc *Opere* motis ab utroque illo Cenſore difficultatibus, & probatum pleraque, quæ diſplicent iis, *emblemata* Triboniani poſſe defendi, vel ſaltem huma-

humanitatis intuitu excusari. Præter hæc iidem Viri Cll. inprimis *D. Matthæus*, palam vituperant Jus Romanum, & ingenti confidentiâ pronunciant varia capita *Legum Civilium* æquitati, honestati, rationi naturali & Juri divino contraria. Hæc quoque neutiquam ex vero prædicari asseritur, & clare docetur *D. Matthæum* præ studio sui præjudicii nimis iniquum, immerito Iuris Auctores perstringere, frustraque tam acerbe iis exprobrare, quæ nusquam admittunt *Civilis doctrinæ* præcepta. Datur & alia Censuræ species, quâ grandem Iuris Romani conditoribus dicam scribunt AUTUMNUS & GROENEWEGIUS. Hi, quamvis ingenii solertia, doctrinæ peritia, & judicii acumine longe sint FABRO inferiores, nullatenus ei cedunt audaciâ & importunitate reprehendendi ac notandi antiquos Legum Latinarum scriptores. Quemadmodum enim operâ *Fabri* potissimum faba cuditur in *Tribonianum*, sic è contra Censores isti recta via invadunt veterum Autorum scripta, insigni arrogantiâ multaque temeritate damnant plurima Iuris nostri loca, quasi nimiæ subtilitatis obtentu deflectant ab æquo & bono, nec minus ab usu forensi omnique sano & civili judicio sint penitus remota. σπουδαῖος Auctor arbitratus fuit adversus hoc Censuræ genus, Legum Romanarum Capita bene concordantia videri cum sensu communi, illius Autores eximiâ sagacitate sequi rectum & sanæ mentis judicium, ideoque voluit hos Censores vitio creatos sibi res suas habere, audacter & stolide insectantes elegantiam ac utilitatem eorum quæ JUSTINIANUS è veterum Commentariis excerpta & deprompta nobiscum communicavit. Compertum ipsi prò certo fuit in triturâ Fori suæque experientiæ constitit optima fide, insigniora juris loca ab illis sciolis explosa, egregie cum ratione bonoque publico convenire & facile conciliari; adeò ut non dubitaverit adfirmare, quot illi Iuris Latini articulos censent abrogandos, penè tot errores *Pragmaticorum* nobis esse vitandos. Denique, si qui alii Viri Eruditi persuasum habuerint sibi occurrere Iuris Civilis

vilis nævos, quos emendare suis conjecturis & ope critica tollere velint, horum rationes & argumenta placide ac modeste examinantur, habitaque justa deliberatione solent laudari, vel si nulla laudis præfatione probari queant, honora oratione refelli. Destinatum erat honorando parenti b. m. hasce *Eunomiæ Romanæ* vindicias persequi, si fata Deusque voluissent, in Ius universum IUSTINIANI, quod cùm in *Pandectis* & *Institutionibus*, tum in *Codice*, *Novellisque* memoriæ proditum est. Sed inchoatum fuit tantæ molis Opus vix toto ante finem Ejus vitæ biennio, visumque supremo rerum humanarum arbitro, τὸν κεκοιμημένον quasi per medium profundum euntem, in ipso repente cursu, morte necopinata & flebili fato huic luci subtrahere; *Si tamen flere fas est, aut omninò mortem vocare, quâ tanti Viri mortalitas magis finita quam vita est. Vivit enim vivetque semper, atque etiam latius in memoriâ hominum & sermone versabitur, postquam ab oculis recessit:* ut verecunde mea faciam *Plinii* verba. Vitæ sane humanæ summa brevis, nos vetat spem inchoare longam; sed maxime videtur acerba & semper immatura mors eorum qui *immortale aliquid parant*, posteros cogitant, & memoriam sui operibus extendunt; his nulla mors non repentina est, ut quæ semper aliquid inceptum abrumpat. Accidit hoc triste fatum optimo *Parenti*, qui summâ ope & alacri studio hunc prò *Eunomia Romanâ* laborem suscepit, tantaque diligentia & industria promovit, ut continuis disputationibus per integrum biennium hebdomatim habitis pervenerit ad Librum XXIII. *Digestorum*, sed hunc totum, præcipiti fato impeditus, absolvere non potuerit. *Nunc pendent opera interrupta minæque murorum ingentes.....* Est utique hujus vastissimi Operis institutum plane novum, & hactenus, quod sciam, à nemine simili exemplo tentatum; quod si perficere & cœlesti favore defunctus Auctor adimplere potuisset, quantivis fuisset pretii. Opinabar tamen Ego, has mei muneris & officii partes, eamque mihi provinciam τοῦ κεκοιμημένου tacita voluntate demandatam esse,

* * ut

ut Disputationes *Eunomicas* in unum Corpus collectas, ac in justum ordinem redactas cupidæ Legum Iuventuti offerrem, & publici juris facerem, una cum additamentis quæ deinceps accesserunt posteriore cura ipsius Auctoris. Effectum istud quoque dedi, omnia recensui, editioni attentissima cura præfui, duplicemque adjeci Indicem; quorum alter pertinet ad præcipuam rerum materiam, quæ in hoc Opere tractantur & exponuntur; alter verò continet nomina *Censorum*, qui in partes heic vocantur. Denique censui illud dandum esse desiderio amicorum, ut hoc *postumum Opus* in dias luminis auras prodiret, addita Oratione funebri, in memoriam τοῦ κατοιχομένου habita à Viro plurimum Reverendo, D. Campegio VITRINGA, Theologiæ apud nos & historiæ sacræ Professore celeberrimo, amico honoratissimo, qui prò ea quæ ipsum inter atque defunctum Parentem intercessit necessitudine ac individua consuetudine, hoc pietatis & amicitiæ officium præstare, supremumque honorem Illi lubens tribuere voluit. Hæc tandem est mei voti summa, Candide Lector, ut hoc tam nobilis argumenti & elegantis materiæ Opus tibi placere, tuisque studiis servire queat; quod equidem nullus dubito quin plurimi facere & condigne æstimare in animum inducturi sint omnes intemeratæ Jurisprudentiæ cultores, quibus erit animus ac otium hocce Libro utendi fruendi. Vale.



Syl-



Syllabus Juris-Consultorum veterum
ET
L E G U M,

Quæ in hoc Opere vindicantur, sanantur aut explicitæ illustrantur, & cum usu temporum conferuntur.

Ul-

Pau-

Mar-

* * * Ulpia-

Pom-



EUNO-

EUNOMIA ROMANA,

sive Censura Censuræ

JURIS JUSTINIANÆI.

PROOEMIUM.



Onsilium est nobis, si Deo visum fuerit O. M. vitam & otium largiri, exponere loca Juris Romani, quæ à variis Scriptoribus tam peritis quam imperitis Juris, ut falsa, iniqua, indecora, absurda, corrupta, subornata, variè traducuntur, eadem vindicare, sanare aut excusare, vel quod res est, confiteri σαφῶς ϗ μὴ ταπεινῶς, non invidentes eorum gloriæ, quibus ars & laus est quam plurimos Juris nævos detegere, magis ut tamen delectemur, ubi cum ratione illos abstergere liceat. Quod fieri, cum opera necdum in id data sit, Juris Studii plurimum interest. Etsi enim vis legum, ac ratio minus proba sit, non deficiat nec dicere liceat, quod aliqui Juris-consultis vindicatum vellent: *Amicus Papinianus, amicus Justinianus, sed magis amica veritas*; auctoritati tamen & dignitati Artis plurimum decedit, si Juris sanctiones à philosophia civili, sanctitate juris divini, & ab omni veritate recedere videantur. Denique favor, quo genus hoc censuræ per speciem libertatis & ingenuitatis, ab Interpretibus Artis inprimis exercitum, vulgò accipitur, nimis grave creat Artis præjudicium, quam ut ei, salvâ veritatis tesserâ non sit occurrendum. Procul à nobis abest superstitio sanctè tuendi errores veterum; sed cautionem, ne quod plerisque accidit, damnent quæ non intelligunt; quærimus. Nec quidem in istam concedemus partem, quam in Institutione suâ *Fabius* ignoscit Auditoribus, ut omnia potius Veterum

laudent; quam multa reprehendant. Denique nec illud modo quod repudiatum, adspernabimur, *Amicus Papinianus, Amicus Justinianus, sed magis amica veritas.* Id enim heic agitur, ut ipsorum non auctoritas, sed ratio & vindacata rationi valeat auctoritas. In hoc autem genere non habemus, ut dixi, quod exemplum præbeat; Idcirco nos hæc primum instituimus ἀσυγκριτικῶς, ut hominum judicia expertis, si quid mutandum videatur, facultas & copia daretur. Tantum absumus ab illo, τὸ ἐξ ὧν γνώμης ἰδίας; *Emendari sententiam dolet.* Gratiam vero inprimis inituros professi sumus, qui monere de hisce, quæ desunt in tempore non gravabuntur. Hoc quidem longius opus est, forte serius inchoatum, quàm ut aliis occupato, hac ætate, quæ superesse queat, absolvendi spes sit; quod quidem in Dei manu situm est. A Pandectis initium faciemus simulque in Institutionibus siqua occurrent peculiaria complectemur. Ita futurum est, ut totum Artis systema vindicatum habeamus. De Codice & Novellis deinde videbimus, si videndi facultas erit, & fata Deusque sinant. Non hærebimus circa Antinomias, multo minus circa alias difficultates innumeras in Jure passim occurrentes. In terminis philosophiæ Civilis variæque eruditionis collatæ cum jurisprudentiâ, consistemus: & vel sic satis erit difficultatum & controversiarum.

2. Non erit abs re Digestis præmittere Constitutionem duntaxat unam Justiniani, de compositione Digestorum, quâ dedit hisce vim legum, eam quæ est in *Tit. C. de Vet. Jur. enucl.* & incipit, *Dedit nobis.* quâ perlustratâ non erit, quod de cæteris ejusdem argumenti Constitutionibus admodum laboremus. Edita est hæc Constitutio cum publicatione Pandectarum, tertio Justiniani Consulatu, qui fuit sextus imperii ipsius & Christi DXXXIII.

In pr. Legis, Dedit nobis Deus C. de Vet. Iur. enucl.

Δέδωκεν ἡμῖν ὁ Θεὸς &c. Τὸ τῆς ἐπανορθώσεως τῶν παλαιῶν νόμων ἔργον εἰς πέρας ἀγαγεῖν, ὅπερ οὐδεὶς τῶν πρὸ ἡμῶν βεβασιλευκότων οὐδὲ εἰς νοῦν βαλέσθαι ἤλπισεν ἄν. Id est. *Dedit nobis Deus &c. ut institutum renovandi Leges antiquas ad finem perduxerimus, quod nemo ante nos Principum in animum inducere ausus fuerat.*

3. Hoc quidem falsi arguere videtur Suetonius, qui Julium Cæsarem, *in hujus vitâ* refert, id habuisse consilii; ut *Jus civile ad certum modum redigeret, atque ex immensâ diffusâque legum copia, optima quæque & necessaria in paucissimos conferret libros*, *cap.* 44. Quo nomine memini in Academiâ Marpurgensi audire Professorem è cathedra narrantem, se audivisse

visse Erycium Puteanum in Auditorio suo maledicentem memoriæ Bruti & Cassii, quod nimis crudo servitii odio, Cæsare necato, tantum bonum generi humano intercepissent. Etsi credo, nec defuturos fuisse tum temporis, qui nihil æquius à Cæsare Julio, quam dein à Justiniano factum, illam operam accepissent: quando nec Cicero ferre potuit in *Bruto*, quod is epistolæ cuidam subscripserat diem mensis Julii, à Cæsare post reformatum Kalendarium, ita dicti. *lib. 16. ad Att. I.* ut iniquior esset tyranno quam ipse tyrannoctonus, qui judicium secernendi bonum à malo non extinxerat odio, nisi quod Ciceronis affectui vel rationi deinde cessit ad pœnitentiam. Præterea constat, Hadrianum Imperatorem, Jus Prætorium, quod magna pars erat ejus, quo populus Romæ utebatur, in compendium redegisse per Salvium Julianum; à quo est Edictum Perpetuum. Nec contemnenda est opera Theodosii Imperatoris in Codice suo; nec non Gregorii & Hermogenis, à quibus fuere Codices auctoribus suis cognomines, quorum prior nec ipsius Justiniani posteriore cura potuit aboleri.

4. Responsio ad objectionem primam est; si Justinianus hanc Julii Cæsaris cogitationem non ignoravit; quod nec si aliter esset, magnum crimen foret; censeo, intelligenda esse ejus verba de Cæsaribus Constantinopolitanis, & de jure veteri, quod fuit inde post Antoninos Imperatores, quando Jus Romanum sextuplo majus & confusius erat, quam tempore Cæsaris Dictatoris. Pertinet eadem responsio ad secundam de Hadriano objectionem, præter quod is civile jus, quod in commentariis Juris-consultorum extabat, non attigit; ad quam partem hæc Justiniani adseveratio spectat. Idem proinde serviat responsioni ad objectionem postrenam, siquidem Cocides Theodosianus, Gregorianus, Hermogenianus ad Constitutiones Principum non ad Artem Juris antiqui pertinuerunt.

In eodem pr. L. dedit Deus.

5. *Τὸ μὲν μαχόμενον αὐτοῖς ἐξελεῖν, τὸ δὲ ταυτόν τε καὶ ὅμοιον ἐξωθίζειν.* Id est, ut *pugnantia quidem tollerentur, Repetitiones autem & similium loca excluderentur.*

6. Non desunt, qui locorum in Jure pugnantium, quas *Antinomias* vocant, innumerabilium, nec minorem similium & repetitionum catalogos objiciant, quibus hæc Justiniani deprædicatio falsa & inepta demonstretur. Quod qui fateri nolunt, hos ita adfatur D. Ant. Matthæus *Dis. 4. fund. jur. n. 81. An sit nobis blandiri decet, ac si peccare aliorum sit,*

JurisCtorum nequaquam? Itane artem nostram supra alias efferre licet, ac si nihil vitii contineat? An deos efficies, qui errare nescierint, quos Deus homines nasci voluit? An vis ita, omnis homo mendax, praeter JurisCtos? Haud quaquam ita Censores acutissimi! Sed permittite nobis ita in animos inducere, Conditores Juris fuisse homines divinarum humanarumque rerum consultes, qui multis seculis Artem, cujus principia è sensu communi petuntur, elaboratam ad nos transmiserunt, de quibus in meliorem partem esse praesumendum, ut ne errores, nisi bene valideque demonstratos, illis imputari ac exprobrari patiamur, aequum esse judicamus.

7. Sicut igitur minime laudandi, quibus in eo cerviculam jactare volupe est, ut in carpendis Juris conditoribus acumen suum ostendant, ita nec opus est, tam abscisè Juris artem tueri ut nihil ab illis peccatum fuisse contendamus. Nec id ipse patitur Justinianus in *d l. dedit Deus §. si quid autem:* Εἰ δέ τι, πλήθους ὄντος τοῦ καὶ νῦν εἰρημένου καὶ ἐκ τοσούτων μυριάδων συνηγμένου, δόξειεν ἔχειν ὁμοίως, τοῦτο δὲ οἰόμεθα σπάνιον ἔσεσθαι, πλὴν ἀλλὰ οὐκ ἔξω δικαίας ἀπολογίας ὑπὲρ τοῦτο δόξειεν εἶναι. *Si quid in corpore, quod ex tot legum myriadibus collectum est, simile existere videatur, etsi hoc rarum fore putamus, non careret tamen justâ defensionis causâ:* Pergit, τὸ γὰρ διὰ πάντων ἀναμάρτητον, θείας ἂν εἴη μόνης ἀλλ' οὐκ ἀνθρωπίνης ἰσχύος. *Nihil enim committere quod emendari queat, divinae potius quam humanae facultatis est.* Idemque de locis contrariis *inferius* confitetur, ut tamen moneat, *non facile repertum iri antinomiam*, εἴγε διὰ πάντων τῶν τῆς ἐναντιότητος ὅρων διεξελθεῖν ἀνάσιτοι, *si quis id agat, ut omnes diversitatis terminos diligenter excutiat.* Et per hanc quidem Justiniani adsertionem facile tuebimur quod nos tenemus, *esse nec nullas nec multas in Jure antinomias*, nec ejus confessionem pro regiâ respondendi viâ, sed pro extremo ignorantiae nostrae asylo esse habendam. Sed, ut diximus, haec res non faciet hujus instituti partem. Non pollicemur heic antinomiarum conciliationem; quando sine illis hoc opus suo tenore continuatum, satis erit diffusum. Pertinere alioquin ad Eunomiam, antinomiarum conciliationes, non potest negari: Sed haec pars Studii nostri à tot eruditis viris occupata, expleta & in Scholis Foroque trita est, ut jam pridem mole commentariorum ejus generis laboretur; & hoc opus inscriptione materiâque recens illa mixturâ gratiam & novitatis & brevitatis, si hanc adsequi licebit, amissurum fuerit.

Eadem Lege pr.

6. Τριβωνιανοῦ ἐνδοξοτάτου μαγίστρου πρὸς τὴν ὅλην ὑπουργίαν χρωμένοι. *Triboniano Doctore*

Doctore gloriosissimo per omne hoc ministerium usi; cujus *virtutem & synceritatem* laudat in *l. 1. d. tit.* Hic vero plaustra convitiorum tam è Suidà & Procopio, quam ex ipsa Juris ὑπουργίᾳ colligunt homines docti in Tribonianum, quibus id Justiniani testimonium refellant. Ad quæ nihil heic loci reponimus, quam Aristotelicum illud, οἱ καθόλου λόγοι κενώτεροι: *Dicta generalia parum valida sunt.* Quæ Suidas & Procopius illi objiciunt, invidiæ suspecta odiique, maximè quod ad Procopium attinet, cujus arcana historia non est quod dicitur, sed invectiva perpetua in Justinianum ejusque uxorem & ministros, quam ita claudit, ut gloriosissimum Imperatorem vocet τῶν διαβόλων ἀρχηγὸν, *principem Diabolorum.* Quod illi dant, id nobis accipere licet, fuisse Tribonianum sui temporis hominem doctissimum, φύσεως δυνάμει ἰσχύων καὶ παιδείας εἰς ἄκρον ἀφίκετο τῶν κατ' αὐτὸν οὐδενὸς ἥττων, *vi summa preditus ingenii ad culmen eruditionis pervenerat, nulli suo seculo secundus*, ut Suidas; quæ res, ne verisimile sit, eum commisisse tam crassos & pudendos errores, quam aliquando à censoribus artis illi objiciuntur, ab æquis æstimatoribus impetrare debet; ut saltem præsumptio sit in meliorem partem, dum liqueat contrarium. Avaritiam quoque objiciunt, verum ad nos ea tantum quæ in Jure digerendo peccaverit, attinent, eaque ubi in locis suis occurrent, examinanda venient. Ut tamen procul habeamus Antonii Fabri iniquam in veteres indulgentiam, in Tribonianum acerbitatem, quâ nihil in illos audere se professus, quicquid ei displicet, in hunc detorquet, huic exprobrare non cessat: contra quam Bernardus Autumnus, qui vix unquam Tribonianum, plerumque Veteres ipsos impetit. Credimus, nec Tribonianum semper, nec Veteres nunquam errasse. De neutris in duriorem partem, nisi rerum argumentis evidentibus convicti præsumendum vel concludendum putamus.

Ex eodem loco.

7. Ἐρευνῶντες μὲν ἀεὶ τὰ γινόμενα. Τὰ δὲ ἀμφισβητήσιμα μανθάνοντες. Πᾶσι δὲ ἐκ τῆς εὐδοκίας ἡμῖν παρὰ τοῦ δεσπότου Θεοῦ καὶ Σωτῆρος ἡμῶν Ἰησοῦ Χριστοῦ γνώσει καὶ διαλήψεως ἐπιθέντες πέρας αὐτοῖς. *Inquirentes semper in ea quæ fierent, & dubia cognoscentes. Omnia vero pro data nobis a Domino Deo & servatore nostro Jesu Christo notitiâ & intellectu, definientes.*

Hæc ostentationis quam veritatis causâ prædicari videntur, cum, quia non est verisimile, tantum Principem compositioni Jurisprudentiæ animum advertisse; tum ob vulgarem è Suidà fabulam, quod Justinianus fuerit ἀναλφάβητος, legendi scribendique imperitus, nedum ad examen Digesto-

rum Juris idoneus. Sed hoc quidem jampridem ab aliis refutatum, etiam ab ipſo, Cæſari noſtro infeſtiſſimo Scriptore Procopio, qui Juſtinianum tradit fuiſſe ἐπινοῆσαι ὀξὺν καὶ ἄοκνον τὰ βεβουλευμένα ἐπιτελέσαι, *Acutum in excogitando & impigrum in exequendo. Comm. rer. Gothic.* Idem ex aliis auctoribus liquet. Platina in vita Bonifacii II. qui ſedit, imperante Juſtiniano. *Quem quidem*, ait, *Imperatorem tanti conſtat ingenii tantaque doctrinæ fuiſſe, ut mirum non ſit, ſi Leges Romanas, ſparſas & incompoſitas in ordinem, ad utilitatem hominum, redegerit.* Dicta Suidæ ad Juſtinum hujus noſtri avunculum & Anteceſſorem pertinere jam conſtat. Quod autem ad curam ipſius Juſtiniani circa hanc operam contrahendi juris attinet, non eſt quod hodiernorum Principum deſidiam cum veteribus, qui toti erant in jure dicundo, comparandam putemus, cum neoterici illam officii ſui partem vix attingant. Juſtiniano hanc rem maximopere ad animum pertinuiſſe patet inde, quod hanc primam inde ab ingreſſu Imperii curam ſuam ſecerit, neque deſtiterit, donec opus ad optatum finem perduxiſſet. Ut nihil in his dictis à fide veri & charactere morum ejus alienum ineſſe videatur.

Ex eâdem L. §. quæ omnia 10.

8. Ἅπερ ἅπαντα συντέθειται καὶ ἐκπεπόνηται καλῶς. *Quæ omnia pulchrè digeſta & elaborata ſunt*; poſtquam ordinem Digeſtorum per ſeptem partes prolixè recenſuiſſet Imperator. Atqui id eſt, quod omnium maximè in digeſtione Juris ab omnibus deſideratur, ordo concinnus & ad docendum aptus, qui nec in univerſa compoſitione ſummarum partium, nec in ſingulis capitibus ex juſtâ methodi lege adhuc quidem demonſtrari potuit: Etſi inter alios Cujacius in *paratitlis* & Jacobus Gotofredus in *methodo Juris* id enixe operam dederint: Nihil tamen effectum, niſi quod ordinem ſi non optimum, eſſe tolerabilem obtinuere; quod in Arte Imperatoria cur ſufficere debeat, eſt ratio: Nec omnino pœnitendum eſſe ordinem, liquet inde, quod nec in Jure docendo nec in diſcendo adhuc aliam in Academiis aut periſtyliis fori imethodum ſervari videmus, etſi à pluribus alia crebro inculcata ſit. Eſt igitur quamobrem hoc Catone contenti eſſe poſſimus & debeamus.

Ex eâdem L. §. Tanta autem.

9. Τοσαύτη δὲ ὑμῶν αἰδὼς τῆς ἀρχαιότητος γέγονεν, ὥστε οὐδὲ ἀμεῖψαι τὰς συνηγορίας τῶν ἔμπροσθεν νομοθετῶν ὑπεμείναμεν, ἀλλὰ τὴν ἑκάστου τούτων τοῖς νόμοις ἐπιγράψαμεν συνηγορίαν,

ειμο, ἀμείψαντες μὲν, ὅ,τιπερ ἔχειν ἡμῖν οὐκ ὀρθῶς ἐδόκει, μέρη δέ τινα μὲν ἀφελόντες, τὰ δὲ προσθέντες. *Tanta vero nobis reverentia vetustatis superfuit, ut ne quidem nomina veterum Juris Conditorum mutari voluerimus, sed cujusque JurisConsulti proprium nomen legibus imposuerimus: ut tamen, si quid perperam positum videretur, id mutaremus, modo versus aliquos auferentes, modo etiam adjicientes.*

10. Censura Antonii Contii. *Nunc videamus, quod reverentiæ genus hoc fuerit; nomina JurisCtorum & Imperatorum retinere, & contraria his quæ illi aliquando scripserunt, posteritati tradere. Quid cæteri judicent, nescio; mihi quidem simile reverentiæ genus esse videtur, ac si Justinianeæ statuæ Julii Cæsaris caput pictor quis aut statuarius adjungat. lib. 1. subsec. jur. lect. 9.* Hoc etiam inter flagitia Triboniani refert Cujacius *in not. ad §. si quis alienâ Inst. de Rer. divis.* & inter facinora Triboniani Hotomannus *lib. 8. observat. 16.* Toties peccavit Justinianus, quoties Juris-consultorum responsa adulteravit, quod ipsum fecisse nemo est, qui nesciat, ait Ant. Matthæ disp. *fundam.* xi. *n.* 17. Franciscus Balduinus in *lib. 2. Justiniani sui*, hac de re locutus. *En*, ait, *qualis fuerit concinnatio Pandectarum. Nos vero miseri & bis terque miseri, qui tales inter scopulos jactamur, sed multo illi etiam miseriores, qui neque vident neque sentiunt suam miseriam, ac ne per somnium quidem cogitant quicquam de Triboniani sive flagitio, sive stultitiâ, sive audaciâ, in Pandectarum capitibus non jam dico componendis sed potius cauponandis.* Wissembachius autem noster in *Præfatione ad emblemata Triboniani*, rationem illam præfigendi nomina JurisCtorum, ipsisque eorum locis addendi aliquid aut subtrahendi, parum abest, quin Lege Cornelia, quasi falsi crimen, putet esse castigandum; qui tamen in numero & magnitudine Emblematum, & mutationum quas fecerit Tribonianus tam procul abest ab Antonii Fabri intemperie, ut, si nihil aliud peccaverint Compositores, quam ipse illis imputat, non minus ignoscendum sit Triboniano, quam detestanda Antonii Fabri audacia & insolentia in violando & lacerando corpore Juris, quemadmodum in progressu videbimus.

11. Cæterum grave est non succumbere tam gravibus querelis & judiciis hominum doctissimorum. Ignoscant tamen, si me tantum in hoc instituto, quemadmodum à Justiniano proponitur, crimen non videre profitear. Fuit ei consilium è scriptis Veterum concinnare Corpus Juris, ut ipsorum quoque verbis uteretur, attamen omnem contextum faceret suum. Poterat eorum nomina penitus omittere; noluit, honoris causâ; sed præmonito, textus ex illorum auctoritate non æstimandos, nec aliter quam τῇ αὐτοῦ γνώμῃ, ut loquitur, *ex ipsius sententiâ* esse capiendos; secundum quam hyothesin,

pæne

poene fuit necesse verba illorum aliquando inflectere ad usum sui temporis. Nec hactenus meo quidem judicio, quicquam peccatum, nihil magis quam à Photio in *bibliothecâ* suâ, vel à Lipsio nuper in politicâ digerenda; qui sæpe etiam verbis Auctorum aliquid addit aut detrahit, aliove sensum eorum trahit. Eaque in re nihil esse peccatum habeo consentientem Virum Cl: amicum honorandum, Alex. Arn. Pagenstecherum, Antecessorem Grœninganum *ad Compend. Lauterbachian. manip.* 1.*n.*76. Si modo Tribonianus aut Professores, quibus ille usus est, idem exactè per omnia curassent, & loca quibus aliquid accessit aut decessit, inter se & cum aliis sedulo comparassent, ut omnia inter se cohærerent: quâ in re non potest negari non nunquam esse peccatum. Verum an, & quoties hoc ita commissum fuerit, nonnisi è singulis locis intelligi potest. In universum igitur Censura videtur injusta; In hypothesi ad hunc locum non pertinet. Atque hæc quidem ad hanc Constitutionem sufficiant: Siquid hujus generis præterea sit in *tit. C. de vet. Jur. enucl:* unde hæc Sanctio desumpta est, id suo quidem loco videbimus. Pergamus ad singula veterum loca JurisConsultorum, ita quemadmodum à Justiniani amanuensibus excerpta, disposita, colligata sunt. Priora satis tralatitia, tamen omitti non possunt.

Nos

EUNOMIÆ ROMANÆ

JUXTA

Librum I. Pandectarum,

VINDICIÆ.



On optimi videtur ominis esse, quod prima Pandectarum verba communem omnium reprehensionem incurrunt. Ipsa ponemus ob oculos.

Ulpianus lib. 1. Instit.

Juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen Juris descendat. Est autem à Justitia appellatum; Nam ut eleganter Celsus definit, Jus est, ars boni & æqui. l. 1. in pr. d. Just. & jur.

1. Nemo nescit, non Jus à Justitia, ut Ulpianus *hic* docet; sed Justitiam à re esse dictam, etymologiâ manifestâ. At hujus rationem Ulpianus petit à definitione, quod rursus ineptiæ arguitur. Communis responsio est, Ulpianum non originem verbi sed rei tradere; quomodo Cicero dixisse refert *Scipionem*; *Jus ex justitiæ fontibus emanare*, quem locum citat Augustinus *lib. 15. de Civit. D.* Sed Wissembachius noster, *Hæc*, inquit, *Goveani*, *Contii*, *Ravardi*, *Donelli*, *Charondæ*, *Wesembecii*, *Bronchorstii*, (quot velis addere licet) *responsio*, *aliena est a mente JurisCti*, *qui de etymo vocabuli Juris*, id inquit, *à Justitia esse appellatum*, *ad h. tit. n. 1.*

2. Sed ego probo, admittendam esse ipsius auctoris Ulpiani interpretationem, qui *τὸ appellatum* explicat è definitione Juris, certe reali: NAM, reddit rationem *τοῦ appellatum*, Jus est *Ars boni & æqui*. Instat Wissembachius. *Sed nec jus, quatenus Ars est*, inquit, *& scientia*, *descendit à Justitiâ: Cum enim Justitia sit habitus*, *notitia habitum præcedat oportet: quæ vero illa notitia*, *nisi jus ipsum? Jus igitur est ante Justitiam.* Hoc verò Præceptoris nostri *οὐ πάνυ ὀρθῶς κεῖται*. Artem enim in definitione Juris nihil esse quam systema Præceptorum boni & æqui, quis non videt? Agere se monet Ulpianus de *Jure*, cui

B

studiosi

studiosi *dent operam*. Apage igitur notitias, quæ sunt primæ turpis & honesti in mente notiones. Artem Juris è justitia derivatam & hanc compositione Juris Romani esse priorem eamque fuisse prius *habitum*, quam Jus fuit Ars, quis neget?

3. Si quis tamen urgeat proprietatem & *appellati*, ego dicam; revera appellationem Juris à Justitiâ esse petitam, Artis enim suæ Romani Jurisperiti nomen inde petierunt, unde sumserant eam, à Justitia, ut esset ejusdem etymi duntaxat; quomodo idem Ulpianus *pactum* à *pactione* & *pacem* a pactione dicit appellatam *l.* 1. §. 1. *ff. de Pact.* Non ignoravit alioquin Ulpianus, Jus ἀντονόμως esse *jussum*: Inde justum & justitiam esse dictam, non magis quam *pacem* simplicius vocabulum esse præ *pactione* non nescivit. Sed quia placuerat Artis Romanæ appellationem à Justitiâ peti, nil commodius fuisse docet, quam recurrere & transferre etymon fontis ad rivum.

Ulpianus eodem lib. 1. *Inst.*

1. Non minus unanimiter omne genus Scriptores exclamant adversus id quod Ulpianus idem scribit in *d. l.* 1. §. 3. Verba licet nota satis, tamen collocanda sunt: *Jus Naturale est, quod Natura omnia animalia docuit; Nam jus illud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: Videmus enim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritiâ censeri. l.* 1. §. 3. *d. Just. & Jur.*

Quid opponatur huic sententiæ & quam sit absurdum Jus adscribere brutis animalibus, quæ dicit Hesiodus

Ἐσθέμεν ἀλλήλους, ἐπεὶ οὐ δίκη ἐστὶ μετ' αὐτῶν,
Vesci aliis alios, quia jus non nascitur illis:

id nulli ignotum est, nec quisquam adhuc Jurisperitos hac parte defendere in animum induxit. Accusare plerique, nonnulli & excusare conati sunt: Nisi quod Budæus *hic. Laurentius*, inquit, Vallam intelligit, *hunc locum reprehendit, jus esse negans appetitum coeundi & procreationem educationemque liberorum.* IN QUO, SENTENTIA MEA, FALLITUR. Rationem sententiæ suæ nullam reddit Budæus, alioqui satis prolixus αἰκολογιῶν. Atqui Jus in latissimo sensu est *Regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est*; Regulas autem & præcepta generalia adscribere velle brutis, id ab omni philosophiâ vehementer abhorret, etsi Galenus inter obscura ponat, εἰ γὰρ μηδ' ὅλως μέτεστι λόγου τοῖς ἀλόγοις ζώοις, *An bruta nullo modo rationis sint participia:* imò huc inclinat, ut in brutis τὸν λόγον ἐνδιάθετον, *rationem internam omnibus* agnoscat, τοῖς μὲν μᾶλλον, τοῖς δ' ἧττον; *aliis plus, aliis minus*: *lib.* περὶ τέχνης. *in pr.* & Plutarchus integro libro demonstravit, τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι; *Bruta ratione uti.* Sed nos hac sententia non utimur, ut appetitum coëundi, procreandi & educandi liberos in brutis Juri adscribamus; etsi cunctas animalium actiones è ma-

è machinali doctrina, ut volunt, explicari posse, vix credamus; nec tamen esse tales negamus, nec an, ut Jurisc̄ti analogiam juris in brutis agnoscunt, ita rationis instar quod caducum sit in illis reperiatur, abscisse disputare opus est nobis. Argumenta, quibus Naturæ jus verè cum brutis communicari quidam probare conantur, refellit Puffendorffius in *l.* 2. *de J. N. G. c.* 3. §. 3. Nos verò aliam defensionis viam tentabimus.

2. *Τὰ πρῶτα κατὰ φύσιν, Principia, quæ natura nobis induit inolevitque*, ut defensio sui corporis, amor libertatis, procreatio sobolis, *στοργὴ* sive affectus sanguinis & id genus alia brutis atque hominibus communia sunt. Inde vero Juris conclusiones oriuntur, ut vim atque injuriam propulsemus, libertati studeamus & procreationi liberorum, consanguineos aliis præferamus & similia plura, quæ inductione à brutis animalibus confirmantur, ut Cicero pro Milone, *non scriptam, sed natam esse legem, quam feris natura ipsa præscripsit*, ait, ut Corpus quisque suum invasus defendat; eademque principia, *Societatis humanæ fundamenta* vocat Taurus philosophus apud A. Gellium 12. *noct. att.* 5. Et apud Plutarchum *πρεσβύτατος τῶν νόμων*, *Vetustissima Lex* ut imbecilliores potentioribus subjiciantur, ad animalia bruta extenditur, *in Camillo*. Hoc sensu non omnia cum brutis communia, sed quatenus illa principia conclusiones juris *ex seminibus suis*, ut idem Taurus, educere valeant; & quatenus, eodem prædicante, *fundamenta societatis humanæ* sunt, juris appellationem forte an tueri possint: Atque ita vel defensioni vel excusationi hæc inservire velim. Pluribus argumentum satis pervulgatum persequi non placet.

Ulpianus d. lib. 1. *Inst.*

Jus Gentium est, quo gentes humanæ utuntur, quod à Naturali recedere facile intelligere licet; quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit l. 1. §. *ult. d. J. & J.* Pomponius *libro singulari Enchiridii*; *Veluti erga Deum religio: ut parentibus & patriæ pareamus l.* 2. *d. Just. & J.* Florentinus *lib.* 1. *Institut. Ut vim atque injuriam propulsemus. Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob Tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur. Et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est, hominem homini insidiari nefas esse l.* 3. *eod. tit.*

1. Falsitatis hanc sententiam quod Jus Gentium à Naturali recedat, non modo, si jus Naturæ cum brutis communicetur, quâ de re dictum; sed etsi ad solos homines restringatur, plerique Jurisc̄ti hodierni arguunt juxtaque eos Puffendorffiuis *l.* 1. *de Jur. Nat. & Gent. c.* 3. §. 22. sequutus Hobbesium in *tr. de Cive c.* 14. *n.* 4. & 5. qui adeo negant, ullum jus gentium positivum seu voluntarium, id est, à Naturali jure distinctum dari. A quâ sententiâ Juris nostri locutiones, ut in terminis Artium sæpe ludunt veteres, aliquando non abhorrent; quando naturæ Jus vocant, quod cum brutis est commune; Gentium vero, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, ut Justinianus loquitur in §. 1. *de Jur. Nat.* Sed remoto à partitione Juris eo quod cum brutis commune sit, communis & necessaria Juris hæc est doctrina; Jus naturæ esse quod cum

ipso genere humano proditum est, ut loquitur idem Imperator in §. 11. *de Rer. Divis.* Jus Gentium, quod ab hominibus consensu receptum est, de quo in *l.* 5. *d. tit. d. Justit.* unde bella, regna, dominia, commercia, contractus, aliaque id genus instituta voluntaria. Eamque distinctionem sequitur Grotius in *cap.* 1. *de J. B. & P.* sed quæ secundum hanc methodum ad Jus Gentium referuntur, hæc illi priores ad jus ipsum Naturale referri posse nec non debere contendunt, ut legationum exemplo, quod maxime Grotius urget, Puffendorfius demonstrat. Nobis à veteribus & à Grotio hac parte recedendi ratio adhuc justa satis non videtur. Nam etsi quæ Juris Gentium sunt ad naturæ jus reduci queant ac inde reverâ deriventur, ideo non sequitur, hæc non esse diversa, nisi quis fontem & flumen res neget esse diversas, eo quod hoc ab illis deducatur: Etsi aliquanto major inter jus Naturæ gentiumque discrepantia, quam est inter fontem & rivum, reperiatur. Illud enim immediato naturæ dictamine constat, hoc humanæ voluntatis arbitramentum requirit: Quomodo jus etiam civile derivatur ex ipso Jure Naturæ, vel ut conclusio specialis ex generali propositione deducta, vel ut specialis determinatio & axiomatis generalis accommodatio, prout acutè disserit Amesius 5. *de Consc. c.* 1. *n.* 23. *& seqq.*

2. Longius quidem Jus Civile recedit à Natura, quàm quod Gentium dicitur, in multis; sed ille gradus non variat speciem; quin & pleraque Juris Gentium capita satis à jure naturæ notabiliter distinguuntur, ut sunt ea, de quibus Hermogenianus in *l.* 5. *h. t.* loquitur, orta *bella, gentes discretæ, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, ædificia collocata, commercia instituta:* quæ sanè res juri naturæ minus commodè quam gentium voluntati adscribi possunt. Sunt alia quæ longius abeunt. Ut res in una civitate judicatæ effectum in aliis populis habeant, utilitas promiscua gentium fecit, ut pro jure ubique habeatur. Ut contractus secundum loci consuetudinem initus & celebratus, alibi, ubi sic celebratus non valeret, pro justo legitimoque habeatur, Jus Gentium est, tam à Naturali simplicitate quam à Jure Civili remotum. Quod si talia Juris Naturæ dicenda sunt, nihil vetat, omnia Juris Civilis instituta æquè juri naturæ vindicare. Denique, sunt Jure Gentium recepta & introducta, quæ juri naturæ adversentur: veluti quod cædes & incendia, in eos qui à delicto, nullâ causa belli præbitâ, sunt alieni, impune fieri possunt; Quæ res Juris Naturæ Gentiumque species adhuc pro diversis haberi oportere, nisi quid me fallit, abunde evincunt.

3. Sed removenda est objectio, quam habent validam dissentientes, quod nulla sit causa necessariæ obligationis, quæ ad Jus requiritur, in Jure Gentium, distincta ab eâ causâ, quæ est in Jure Naturæ & in Jure Civili. Nam Jus naturæ nos obligare *dicunt*, vi dictaminis a Deo cordibus hominum impressi, Jus Civile niti imperio civitatis; Inter gentes diversas non est, quod ipsas obliget inter se nec inter eas dari superiorem sine quo lex esse nequeat. Sed ego probo, Consensum esse causam obligationis indubitatam qui facit ipsam legem civilem in imperio populari, ubi lex est communis Reipubl. sponsio *l.* 1. *in fin. & l.* 2. *de Legib.* consensum vero, super institutis à jure naturæ atque civili distinctis exuitere suprà demonstravimus. Instant, Jus etiam requirit sanctionem, id est,

est, puniendi facultatem, quæ utique requirit superiorem, nec est inter diversi populos imperii. Sed negandum est, ad jus puniendi, qualitatem superioris requiri extrà Civitatem: Sufficit paritas, ut Grotius bene demonstravit in *lib.* 3. *cap. de Pœnis.* & nos in *lib.* 1. *c.* 1. *de Jur. Civit.*

4. Sed est aliud Censuræ genus quo Florentinum viri docti prosequuntur, qui in *l.* 3. vim propulsandi facultatem Juri Gentium adscribit, cum sit unicè Juris Naturæ. Goveanus in *lib.* 1. *Lection. Jur. c.* 2. *Florentinus*, inquit, in *l. Ut vim de Just. & Jur.* Vim & injuriam propulsare Juris Gentium *facit. Cicero in Topicis* naturale jus facit. Quin & Cajus in *l. Itaque ad l. Aquil. naturalem hanc rationem* vocat. Si servum, inquit, insidiantem mihi occidero, securus ero. *Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere; hæc Cajus. Neque dubitandum sane est, quin jus hoc sit naturale, se defendere; Nullum enim animal est tam infirmum, pusillum, quod vim non propulset, seque & sua non tueatur.* Hactenus Goveanus. Non licet nobis uti hac responsione, quod Jus Gentium pro naturali simpserit, ut alias fieri constat, & fit à Justiniano in §. xi. *I. de R. D.* Namque paulo superius est oppositio inter Jus naturæ & Gentium, ut hoc sit, quicquid hominibus est proprium & non commune cum brutis; At defensio sui vel maxime cum reliquis animantibus communis est, ideoque nihil strictius ad Naturæ jus reduci potest. Quod si maxime Florentinus Gentium jus pro Naturali acceperit, Justinianus tamen qui jus digessit & Florentini dicta subjecit iis verbis, in quibus naturale Jus aliter accipitur, non posset absolvi confusionis aut malæ connexionis. Ad hoc ita videtur habendum; Jus propulsandi vim & injuriam duobus adspici posse lateribus; vel ut πρῶτον κατὰ φύσιν; ut primus naturæ motus, quo se quicquid animatum est, contra vim quamlibet defendit, vel ut actus rationis, quo se quis contra vim injustam defendit, de quà Florentinus solà loquitur; nam verba *vim & injuriam* sensum habent conjunctum, idemque sunt cum *vi injustà.* Hoc indicat αἰτιολογία, sive ratio à cognatione hominum petita & inductio à vi latronum, & dijudicatio ejus quod nefas sit: quæ omnia, non de vi quà tali, sed de vi cum discrimine justi & injusti Florentinum agere significat, quod nonnisi ad Jus hominibus proprium pertinere manifestum est.

Hermogenianus *l.* 1. *Iur. epitomar.*

Ex hoc Jure Gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, ædificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ; exceptis quibusdam, quæ à Jure Civili introductæ sunt. L. 5. *d. Just. & jur.*

1. Quid hoc, quod bella ponit ante discretas gentes, regna condita, dominia distincta? Num quid Hobbesianus est hic Autor, improbatæ merito doctrinæ? Hobbes enim statum naturalem, in quo homines à prima origine vixerunt, nihil aliud esse, quam bellum omnium adversus omnes, docet, *in libro de cive & Leviathano*; an verò fortuitus hic est ordo dictorum? Denique, distinctionem dominiorum viri magni negant esse ortam è Jure Gentium, quia nulla

fuerit communio primæva, unde per divisionem recessum sit, ut heic est; quam proinde nunquam esse factam volunt, Seldenus 1.*mar. cl.* Boeclerus *ad Grot. l.* 2. *C.* 2. §. 2. Joh. Bapt. Burgus *de dom. mar. Ligust. l.* 1. *c.* 10. & Strauchius *Dissert. de Imper. mar.*

2. Ad primam difficultatem contenti sumus, ut Hermogenianus hac parte pro Hobbesiano habeatur. Nam etsi nemo alienior sit ab Hobbesii adstructa doctrinâ, in hoc tamen principio, quod status naturalis humani generis, sit status belli promiscuus, valde illi adsentimur, ut demonstravimus in *part.* 2. *Digress. c.* 7. *n.* 3. quæ non repetimus. Nec alio Hermogenianum consilio, bella primo loco posuisse persuasi sumus. Quæ autem Hobbes inde colligit portenta, non est periculum, ne propterea nos aut Hermogenianum videri concessisse oporteat. Usu venit Hobbesio, quod aliis sophistis, qui ex postulatis indubiis ad positiones enormes incontinenti vel sensim transilierunt aut proruperunt.

3. Secunda objectio refertur ad locum communem æquè alibi à nobis exactum *parte* 1. *Digress. l.* 4. *c.* 12. ubi sententiam clarissimorum hominum, qui nullam agnoscunt communionem primævam nec ullam inde divisionem expressè vel tacite factam in sensum communem, quem facile nostris vindicemus, impingere demonstravimus. Adde *Puffendorfium de J. Nat. l.* 4. *c.* 4. *n.* 10. Æquè in cæteris ordinem historicum humani generis sequutum esse putem Hermogenianum. Namque dissensionem & bellorum promiscua mala compulerunt homines ad conjunctionem virium & discretionem nationum. In his regimen fuit necessarium, evitandæ confusioni & bellis, nec ullum Regio promptius aut prius. Inde sequuta est distinctio dominiorum, inchoata pridem, exactior; cum divisione per fundos, postquam more diu Nomadum vixerant; unde termini agrorum. Tum pro tabernaculis ædificia & omne genus commerciorum, cum pace, quam unio voluntatum per imperium, à malis civibus; ordo & communium fiducia virium adversus exteros fecit ac firmavit.

Ulpianus lib. 1. *Institut.*

Jus civile est, quod neque in totum à Naturali vel Gentium recedit nec per omnia ei servit. Itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus juri Communi, Jus proprium, id est civile efficimus. l. 6. *d. Just. & Jur.*

1. Quomodo cum hac doctrinâ convenit, quod Justinianus in §. 11. *de Jur. nat.* docet. *Naturalia jura, divina quadam Providentiâ constituta semper firma atque immutabilia permanent.* Amesius *lib.* 5. *de Consc. c.* 4. *n.* 15. *Jus Civile non potest abrogare jus Naturæ?* Puffendorfius *lib.* VIII. *de J. N. G. c.* 1. *n.* 2. Item & plerique JCti tradunt, in disputatione de Obligatione Conscientiæ è Testamento imperfecto propter vitia solennitatum. Juris enim naturalis esse volunt, ut voluntati honestæ defuncti cognitæ à nobis pareamus, etsi requisita legum solennia non fuerint servata; quia Jus civile requirens illas solennitates juri Naturæ derogare nequeat. Quæ sententia si admittatur minus fit verum, quod Puffendorfius

dorsius scribit in *d. cap. 1. n. 1. sub. fin. Ubi Juri naturali sua vindicaveris, Jus civile sat modicis deinceps finibus usurum est.* Nec tantum coarctabitur, sed etiam potiori parte destruetur: Solennia Testamentorum, contractuum aliorumque Actuum requisita Juris naturæ terminos excedentia conscientiam amplius non tenebunt, quin adversus illa cives agere & pati cogentur. Mulieres ac Minores, Filiifamilias jure naturali sine dubio tenentur: Non poterunt igitur salvâ conscientia uti beneficiis legum illos obligatione eximentibus. Plena est Ars Juris ejus modi constitutionibus à Jure Naturali recedentibus, & ex Ulpiani sententiâ in *l. 6.* Jus bipartitum est, aliud quod juri Naturali & Gentium servit, aliud quod ab utroque recedit. Si hoc fieri non potest, abominanda Juris scientia quâ nihil humanarum rerum sanctius est, proponitur; sed tu dic libere & valide: Jus naturæ pro diversitate objecti esse vel ejusmodi, quod nunquam aliter se habere potest, de quo Euripides,

Οὐ γὰρ ὃ μὴ καλὸν εἶναι ἔφυ καλόν,

Quod turpe in se est, id nunquam fiet honestum.

vel quod est in potestate hominum, ut aliter aliterque disponatur. Hujusmodi objecta sunt, res & facultates hominum, quæ jure dominii vel crediti continentur & de quibus alius in alterius præjudicium ex jure naturæ nihil statuere potest; sed quisque sui juris hac parte liber est arbiter & moderator, eodem *jure naturæ.* Quominus igitur multi de suis rebus communi consensu statuant, *ut libet,* aliterque ac jus naturæ contra dominos ab aliis statui jubet, nihil obstat, imo id lex naturæ maxime dictat. Atqui multorum omniumque consensus est in lege quod infrâ *ad l. 1. de LL. sub. fin.* demonstrabitur. Lex est sponsio & conventio Civium, quâ de rebus singulorum suis ita jubent, vetant, disponunt, ut communi bono expedit. Leges autem, quarum specimina habuimus & quæ toto Jure sparsæ sunt, quatenus aperte recedunt à simplici lege naturæ, circa tribuendum cuique suum, nituntur eorum, quorum interest, voluntate, & consensu. Detur exemplum. Compertum est, mulieres intercessionibus sibi nocere plurimum, conjuges sæpe donationibus mutuis exhauriri. Placet mulieres ex intercessioninibus non teneri; nec valere donationes inter conjuges. Ex jure naturæ mulier, quæ pro alio fidejussit, tenetur. Lex id vetans habet hanc rationem. Cuicunque nostrum mulier pro alio spospondent, is actionem adversus feminam non habebit. Quid hoc aliud est, quam renuntiare juri suo? Et quis unquam id Juri Naturæ dixerit adversari? Idem de similibus esto judicium, & Censura facessat.

Ulpianus lib. 1. *Regul.*

Justitia est constans & perpetua voluntas Jus suum cuique tribuendi. l. 10. in pr. de Justit. & jur.

1. Censura AMESII. *l. 5. de conscient. c. 2. in pr.* cujus hæc verba sunt. *Hæc non est definitio Justitiæ generalis, quæ rectitudinem notat virtutis atque unum idemque sonat cum virtute in genere. Non est enim de essentiâ virtutis omnis, respice-*

spicere jus alterius, sicut palam est in liberalitate. 11. *Non est accurata definitio Justitiæ alicujus particularis, quia non ponit genus proximum specialis alicujus virtutis. Quum enim perpetua & constans voluntas idem notet, quod habitus, & inter habitum ac specialem virtutem, Virtus intercedat ut genus, perpetua & constans voluntas non potest esse specialis alicujus virtutis genus immediatum.*

2. Primum hujus Amesiani dilemmatis membrum ego quidem concesserim, non esse hanc universalis Justitiæ definitionem, etsi aliter multi è nostris; si universalem intelligas ita, ut Veteres, in quâ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετή 'στι: *Quæ virtutes continet omnes.* Sed altera pars dilemmatis nimis est jejuna, reprehendere definitionem antiquam & authenticam, eo quod genus proximum non habeat: modo genus remotum iis verbis quæ differentiam specificam efficiunt, Definito satis perspicuè admoveatur, nemo Vir gravis in scientiâ populari, qualis est Jurisprudentia, tam morosè canones dialecticos exiget, uti definitio rem definitam presse adæquet. Nec tamen auctoritate caremus, quâ genus proximum in his verbis contineri videatur. Nam M. Tullius in *lib.* 1. *de Legibus*, virtutem vocat *Constantem & perpetuam rationem vitæ.* Proinde constans & perpetua ratio voluntatis, quam habemus in definitione justitiæ, est idem quod Virtus; atque ita hæc genus proximum Justitiæ exhibebit.

3. Verum aliud censuræ spiculum stringit Amesius, fortè minus facile amoliendum; Id est in his verbis: *JurisConsulti, qui istam definitionem tradunt Justitiæ, sibimet ipsi in eo miserè contradicunt, quod cum Justitia æquè late pateat ac Jus, quod habet pro suo objecto, & illi tres actus tribuant Juri, honeste vivere, neminem lædere, jus suum unicuique tribuere, Justitiam tamen per unum solum actum definiant, Jus suum cuique tribuere.*

Si Præcepta Juris *honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere* ponerentur, ut positiones Artis fundamentales, quibus reliqua disciplina superstrueretur, haberet Amesius rationem. Sed nihil ejusmodi ex his præceptis educunt Juris conditores. Nihil sunt aliud quam Sententiæ & dicta, quibus animi sui propositum inde ab initio designant; adeoque inscriptiones portæ Juris quasi impositæ, quas cives semper in conspectu habere debent, non etiam ut Artem adæquent, aut cum prioribus & cum sequentibus necessariam methodi connexionem, ut definitiones & partitiones aliæque Juris positiones, habeant. Quare loco solo manent collocata, nec à veteribus aut à novis interpretibus, ut Artis fundamenta cum reliqua ejus structura connectuntur. Nihil etiam vetat plura talia præfigere Juris auditorio; Licet addas Christi Domini dictum; *Quod tibi non vis fieri, id alteri ne feceris* & similia. Nec plane hoc sensu puto futurum, ut quisquam adeo *miseram*, quæ Amesio videtur, animadvertat contradictionem. Quid enim, si definitio sit Justitiæ particularis, ut est, an ideo præcepta Justitiæ universalis civibus sine contradictione commendari non possunt? Suum cuique tribuere est Justitiæ particularis, quæ definitur: Reliqua duo sunt monita Justitiæ universalis, quæ commendantur. Alii malunt ita; officium tribuendi suum cuique proprie adæquatum esse Arti Juris; hoc autem si ad omnia proximo debita referatur officia, tunc honeste vivendi partes multoque magis

magis alterum non lædendi complectitur: quæ sic implicite in definitione & explicitè in præceptis JurisCti exponere voluerunt. Nec Amesius inde sit alienus;

4. Etenim is ibi definit, in quo possunt acquiescere JurisCti, quando Justitiam definit, *virtutem, quâ inclinamur ad debitum officium proximo præstandum.* Modo tum missam faciamus divisionem in Universalem & particularem; quæ reverà non sunt oppositæ species, nec est Juridica sed Aristotelica partitio. Nam universalis usu loquendi pro cultu omnium virtutum accipitur, & particularem comprehendit. Hæc autem τὴν πλεονεξίαν solam, id est, τὴν ἡδονὴν ἀπὸ τοῦ κέρδους, ut Aristoteles, *voluptatem quæ est à lucro* cohercet. Potest ita institui, ut Justitia sit virtus, quæ cohibet omnem malam cupiditatem, alterum in qualibet re quovis modo lædendi; ut non modo fur sit injustus, sed etiam adulter & calumniator & quicunque non tribuit alteri, quod ullo modo ad ipsum pertineat: Quod optime verbis *tribuendi suum cuique* à JurisCtis expressum est, nec aliud ab Amesio in his verbis; *ad debitum officium proximo præstandum.*

5. Proferuntur & aliæ adversus hanc definitionem objectiones, veluti quod Justitia perperam dicitur, Voluntas, quæ est Facultas mentis opposita intellectui; quod nullus homo sit constanter & perpetuo justus, quod *constans* & *perpetuum* sit ταυτολογία, quæque similia: sed hæc tralatitia sunt; quæ de illis non dicta ab aliis habuimus, vide sis in *lib.* 1. *Digress. c.* 7.

Ulpianus lib. 1. *Regular.*

Juris Præcepta sunt hæc; honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. l. 10. §. 1. *d. Just. & jur.*

1. CENSURA duplex, primo enim his præceptis multa juris capita & positiones, quasi cum illis pugnent, à variis auctoribus exprobrari solent, quæ nos heic cumulanda non putamus, suis locis commodius reservanda. Sed Alteram suppeditat AMESIUS *in d. cap.* 15. cujus verba longiora licet, apponam: *Confusa & imperfecta admodum est,* inquit, *hæc enumeratio. Nam* 1. *Nihil præcipitur de Deo colendo, quod tamen est Principium Juris Naturalis.* II. *Honeste vivere, prout à Theologis & philosophis hæc phrasis accipitur, idem est quod virtutem colere &c. Honeste vivere igitur, si hoc sensu accipiatur, nihil aliud est, quam juste vivere: ita, ut cum Juris Præceptum dicitur, honeste vivere, nihil aliud dicatur. quam Jus præcipere, ut juste vivamus, & sic nihil omnino dicitur, quia idem per idem explicatur. Si verò sic accipiatur hæc phrasis, prout à vulgo intelligitur, pro honore scilicet & laude ab hominibus comparanda, tum nullum certum Præceptum continet, sed ut quisque velificetur suo honori & existimationi, secundum futilem & inconstantem opinionem vulgi.* III. *Non lædere alterum quid sit, præceptis juris explicari debet; Nam eo ipso quod officium facimus erga aliquem, ipsum non lædimus. Si autem non faciamus officium, lædimus eum, quia jus ejus ipsi non tribuimus, quamvis forsan nobismet ipsis videamur bene de ipso mereri: hoc igitur est præceptum nimis confusum.* IV. *Suum cuique tribuere nihil aliud est quam jus cuique*

tribuere, id est, facere quod Ius & justum est. Non magis igitur est Praeceptum Iuris, quàm Legis praeceptum dicendum, legitime vel secundum legem vivere.

2. Mirari licet, concisæ brevitatis amatorem Theologum tanto plura effundere verba in re tralatitiâ, quàm in rebus maximis solet. Omnia nituntur hac hypothesi, quod hæc tria præcepta in aditu Jurisprudentiæ posita sint, ideo, ut Artis materiam finemque adæquent & pro fundamentalibus principiis, unde reliqua educantur, serviant; quod cum aliter nostris, ut paulo ante ostendimus, propositum fuerit, hæc ἀγχίνοια Censoris in irritum desinit. Porro ad primam objectionem, non deesse Juris auctoribus memoriam Religionis, omnes Justiniani præfationes ab invocatione Numinis, sine cujus ope nihil rite fiat, inchoatæ loquuntur, etiam in primo Institutionum exordio; ut hac parte superet ipsum Pontificem Romanum; quem ideo tamen vix ausim notare tam gravi censurâ, quam visum Præceptori nostro *in princ. Exercit. ad Inst. Exorsus est*, inquit, *Iustinianus ab invocatione Domini nostri Iesu Christi, pie & religiose. Quare Pontifex Romanus non ita auspicetur Ius Canonicum, Raimoldus Corsus sex adfert rationes l. 3. indag. jur. c. 15.* Ἐκ τοῦ κρασπέδου τὸ ὕφασμα πρόδηλον, *Ex laciniâ cognoscitur pannus. Primum, non erat necesse*, inquit, *Pontificem declarare se Christianum, perinde ac Imperatorem: Eo enim quod se dicit Episcopum, adfirmat se esse Christianum c. 1. & 2. dist. 21. cum multi Imperatores à Christi lege fuerint alieni. Nempe, Antichristus*, pergit Wissenbachius, *dedignatur invocare verum Pontificem; Episcopum verum ab invocatione* τοῦ Ἐπισκόπου τῶν ψυχῶν ἡμῶν *Christi, Iuris sui promulgationem ordiri decuit.* Etsi rectius ita Pontifex instituisset, nec ratio Corsi valeat, tamen ut hanc oblivionem pro Antichristianismi notâ habeamus, cum alibi Pontifices eâ parte satis prolixi fuerint, nimis acre videtur. Amesii verò censura, quod inter sententias, in secundo Artis frontispicio positas, non appareat Religio, quam in exordio magnâ voce contestatus erat Cæsar, non multo plus rationis habet, quàm Accursius habuit in reprehendendo Justiniano, quod is scripserit *in §. per traditionem 40. Inst. de Rer. divis. Nihil tam conveniens est æquitati naturali, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.* Imo, carpit ille, *Deum colere magis est conveniens.* Non ubi creberrima Dei mentio fit, præcipua semper Religio extat.

3. Ad secundam *Amesii* objectionem respondemus; Id actum esse à Juris conditoribus, ut cum ex professo de officio tribuendi suum cuique, duntaxat agere constituissent, auditoribus suis & civibus inculcarent, tamen omni virtutum generi operam esse dandam, adeoque semper & per omnia *honeste vivendum*, etsi universum illud institutum suis regulis & legibus non essent persecuturi. In eo quid absurdi resideat, ipsis Theologis judicandum relinquimus. Nam quod Amesius honeste vivere & juste vivere dicit unum idemque esse, verum fuerit de Justitiâ universali, quam non tractant Juris͏cti; sed agunt vel de particulari vel de justitiâ, quæ proximis officia debita, ut ipse Amesius finivit, præstare docet; honestas autem latius patet, etiam prohibens ebrietatem aliasque libidines in singulis hominibus se terminantes & in corpus suum sævitiam; item Dei cultum negligere, corrumpere & ejus nomine abuti. Hæc etsi Justitiæ ambitum artisque suæ tractatum excedentia tamen civibus inculcata volunt Jureconsulti, sine periculo

lo

lo tautologiæ. Denique, significatio quam sibi fingit Amesius, honestatis pro laude & honore, qui sit à vulgi opinione, hinc alienam esse non est quod Lectori approbemus, vel approbet ipse.

4. Ad tertiam objectionem; Concedimus, hoc præceptum æquè late patere quam officium hominis justi, quod cujusmodi sit, per regulas juris particulatim explicandum sit. Verba tamen ita simpliciter collocata ejusmodi sunt, ut ob oculos posita unumquemque in omnibus suis actionibus officii sui commonefacere possint, nec ideo confusionem pariant, quia sunt generalia; non magis quam hoc, quo dicitur, *Quod tibi non vis fieri, id alteri ne feceris.*

5. Ad quartam objectionem; Fallitur Amesius, quando *jus suum cuique tribuere*, nihil aliud esse dicit, quam facere *quod jus & justum est.* Nam præter quod *Ius* significat regulam boni & recti, etiam denotat facultatem ad aliquid habendum aut agendum, ut est jus crediti, jus dominii, jus patriæ potestatis, jus mariti in uxorem & similia. Nec priore, quod Amesius putat, sed posteriore sensu, Jus sumitur in hoc tertio præcepto. Neque tamen negari potest, vix esse ut latius aut arctius pateat monitum tribuendi suum cuilibet, quam alterum non lædendi; tamen etsi usum in hominibus commonefaciendis diversum præbeant, quemadmodum Cicero in *lib.* 2. *Officiorum* luculenter demonstrat, exigendo boni Viri officia primo per hoc præceptum, *ne Cui noceatur*, dein, ut *suum cuique tribuatur.*

Ulpianus lib. 1. *Regul.*

Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia. l.* 10 *§. ult. d. Iust. & Iur.

1. Etiam hæc definitio est ex iis quas vulgo exagitant, eo quod ad pompam magis & ostentationem quam ad usum facta sit. D. Ant. Matthæus *in disp.* 12. *Fund. jur. th.* 4. *Dicis, opinor, gratia definitur jurisprudentia divinarum atque human. &c. Nam & philosophiam eodem fere modo definit Cicero in Off.* Quid enim Juris Cris cum rebus divinis? aut si volunt esse Sacerdotes, ut *ἱερεῖς εἶναι in l.* 1. §. 1. *h.* tropus insolens, Artis definitioni inserendus non erat. In promptu est responsio ex ipso Cicerone, *orat. Pro domo. Cum multa divinitus, Pontifices, à majoribus nostris inventa atque instituta sunt, tum nihil præclarius, quam quod vos eosdem & religionibus Deorum immortalium & summæ Reipubl. præesse voluerunt*, inquit. Si dicas æquè in promptu esse replicationem; Romanos veteres in gentilismo ita observasse, verum à Christiano instituto, quod res divinas ab humanis separat officiis, id esse alienissimum: debuisse ita definire Jurisprudentiam Justinianum, ut Christiano Principi conveniret. Haud regeram Pontifices non habuisse plus juris, humana divinis miscendi in suis canonibus, quod strenuè fecerunt; ut etiam invitâ Jurisprudentia, praxis forensis, adhuc hodie secundum canones forte magis quam jus civile regatur; neque dicam, imo Cæsari aliquanto plus juris esse in Ecclesiam quam Pontificibus in Forum, etsi nihil sit verius. Sed replicabo potius, Principis officium circa res divinas primo loco verti, quorum is est episcopus *ὁ τῶν ἔξω τῆς Ἐκκλησίας*, *extrinsecus Ecclesiæ*, qualem Constantinus Magnus se professus est, idemque Iustinianus in Codice suo magni-

 gnifi-

gnificè præ se fert sensu tamen non eo, quem vulgo tribuunt Constantino; etiam Vedelius in *erudito libello de Episcopatu Constantini M.* Nos verum, ni fallar, sensum dedimus in *lib.* 1. *de Iur. Civit. sect.* 5. *cap.* 1. *n.* 2. *& seqq.* Præterea sciendum, hæc verba *divinarum & humanarum rerum notitia*, quæ Cicero de philosophiâ prædicat esse generis loco; quæ sequuntur, addunt differentiam & priora civiliter restringunt; *quatenus* in rebus divinis quæritur, *quid justum, quid injustum* sit; quod multis modis fieri, juris publici & privati Scriptores copiose demonstrant. Denique, nolim aliquis ita putet, otiosam & frigidam esse *justi & injusti* oppositionem in definitione; Nam vix est ut quod justum sit, nisi ex injusto explicare queas, ut rectè Grotius 1. *de j. b. & p. c.* 1. *n.* 3.

Paulus lib. XIV. ad Sabinum.

Prætor quoque jus reddere dicitur, etiam cum iniquè decernit. l. 11. *in med. eod. tit.*

1. Jus est, ut suprà intelleximus, vel bonum & æquum; vel id quod saltem non est injustum, quod non lædit societatem humanam. Quid autem magis ab æquo & bono remotum, quid magis injustum, vel quid denique magis lædit societatem humanam, quam quod heic è Paulo præscriptum est; uti quod optimum & saluberrimum in genere humano repertum est, in perniciem injuriamque singulorum convertatur. Huic evitandæ absurditati quidam sic instituunt, referente Gotofredo in notis *ad hunc locum.* Decretum Prætoris iniquum heic esse contra æquitatem, quæ opponitur juri stricto. Quando lex aliquid statuit, quod est durum & iniquum adversus singulos, ut exemplum extat in *l.* 12. *Qui & à quib. manum. liber. fiunt lib.* Tum Prætor secundum legum judicans, etsi iniquum fit quod pronuntiat, jus tamen est, quia legibus est consentaneum. Sed hac quidem responsione non patitur nos uti Papinianus in *l.* 65. §. 2. *ad Sc. Trebell.* ubi sic ait; *Cum Prætor causâ cognitâ, per errorem vel etiam per ambitionem, juberet hereditatem ut ex fideicommisso restitui, etiam publicè interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem*; quæ *pro veritate habetur*, etsi à vero justoque aberret, idque directe evertat, per *l.* 25. *d. Stat. hom.* Ratio non est obscura, ab eo petita, quod victi plerumque putant injuriam sibi esse factam; cujus prætextu si vim rei judicatæ eludere possent, nihil certi in Republ. nec ullus contentionum finis esset. *Ut per imperitiam aut injuriam judicis male judicetur; tam frequens est in omnibus pene tribunalibus, ut nihil sit frequentius, nihil formidabilius, quid addam? nihil pene certius, apud illos præsertim, qui non ex legibus; sed ex æquitate illâ cerebrinâ ac plane equinâ liberum judicandi, quomodo velint, non quomodo debeant, arbitrium sibi arrogant*, verba sunt Antonii Fabri, Præsidis summi Sabaudorum Judicii in Rational. ad *l.* 50. *d. Pecul.* Bene; dicat aliquis, valeat auctoritas rei judicatæ; sed quid est opus eam Jus appellari: Jus injustum est contradictio in adjecto, ut Schola vetus loquebatur. Imo vero Ius est, quicquid cives obligat ad faciendum aliquid aut patiendum: Ipsa lex est Ius, etsi à ratione aberret, ut *infrà* videbimus. Quin & salus populi & quies gen-

gentium postulat, ut leges & res judicatæ independenter à ratione justi & injusti atque indistinctè valeant; cum alioqui disceptatio justi & injusti nullum exitum haberet, ideoque res ad bellum, quod est inter homines nullo Imperio conjunctos, rediret; cum nihil sit certius, quam, ubi desinunt Iudicia, ibi incipere bellum. Sic igitur habendum; Ius est, vel totum ac intus bonum & æquum; vel externum, quod obligat cives ad patientiam. Quibus tamen consultum est remediis provocationum, donec ad summam Reipubl. potestatem pervenerint; à quo si æquum non obtineant, quicquid tamen obtinent id Ius est. Infrà sæpius hæc res usu veniet.

2. Antequam progrediamur, oportet paucula quæ ex Institutionibus, in Pandectis non obvia, moventur, removere; magis, quia pro instituto non possunt omitti, quam quod vindicem omnia requirant: Etsi post ejus generis objectiones cumulatas Vir. Cl. censor Iuris ita subjungat, *Rides disputationem, quod ad pleraque omnia mala Interpretes Iuris respondeant? Ridere, quæso, desine. Legi dudum omnia: Et cognovi dudum, futilia esse & inepta omnia, quæ responsa sunt. Disput. fundam jur.* 9. *th.* 25. Videamus ex ungue Leonem & caveamus à futilitatis & ineptiæ nota, si facultas erit: cujus rei existimatio penes Lectorem esto. Præmittemus aliquid *ex proœmio Institutionum.*

Justinianus in procem. *Inst.* §. *Cumque hoc.*

Mandavimus, ut Institutiones componerent, ut liceat vobis prima legum cunabula, non ab antiquis fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere; & tam aures quam animi vestri nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtineat argumentis, accipiant.

1. Censura Viri Cl. *in disput. fundam.* 2. *th.* 87. *Secundus*, inquit, *nævus*; *Dicit Justinianus, nihil inutile nihilque perperam in his libris esse positum, nihil quod non in ipsis rerum obtineat argumentis. Et totus tamen est passim in recensendo jure antiquo in §. præterea Quib. mod. jus patr. pot. solv. Tit. de Attil. Tut. In §. ult. de Donat. In §. 1. de testam. ord. Tit. de exhered. lib. Tit. de L. Falcid. De Fideic. hered. De hered. quæ ab intest. De legit. agnat. success. De success. libert. Tit. de obl. quæ ex del. Tit. de Satisdat.*

2. Responsio certa & simplex; Promissio fuit de non inculcandis juribus antiquatis pro vigentibus, non fuit ut de jure veteri nulla commemoratio fieret. In nullo istorum locorum, quæ objiciuntur, est doctrina Iuris obsoleti quasi adhuc vigentis, proposita: sed ut origo juris novi demonstretur idemque melius intelligatur, juris antiqui historia quandoque præmittitur. Id ipse facturum se prædixit Imperator in §. *in quibus d. proœm.* In quibus *breviter expositum est quod antea obtinebat* & *quod postea desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.* Nam hoc, credo, non postulabunt censores, ut quæ per Novellas mutata sunt, hæc in Institutionibus, etsi dein antiquata, reperiri non debeant. Quid vero tum, si quod alibi jus vetus, sine novo inrepsisset? Cui hoc non accidat, diligentissimo scriptori, Iuris præsertim, quod per annos

mille & amplius tot mutationes acceperat? Totum in hoc fuisse Iustinianum, aut sæpius ei obreptum esse, id à liquido vero procul abesse palam est. Cæterum, quo sensu Iustinianus antiquum Ius *Fabulas* in loco supra scripto appellet, diximus in *lib.* 1. *Digress. c.* 4. At quam merito imputet Iuris studiosis, quod elementa institutionis, ex ore Legum Conditoris accipiant; etsi exempla reliquarum Artium, quarum tyrones sæpe dediscere oportet institutiones *alibi* perceptas, eximie demonstrent; ad hunc tamen locum non pertinet.

Eodem proœm. §. Igitur.

In quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius Legitimæ scientiæ prima elementa.

1. Censura ejusdem Viri Cl. *d. loco*; Nævus est, *Institutiones Tribonianus definit, quod sint, totius Legitimæ scientiæ elementa. Non sunt*, & pleraque Pandectarum capita recenset idem, qui modo Vir. Cl. de quibus parum aut nihil est in Institutionibus.

2. Responsio pridem alibi occupata est; Institutiones continere fundamenta omnis doctrinæ, quæ prima elementa percepturis erant necessaria. Et hoc bene implevit Imperator; aliter non debuit, & male consuluisset, si omnium rerum summas huc contulisset. Nec tamen non bene prædicatum est, Institutiones universæ artis elementa esse, non singulorum capitum.

Ex tit. Inst. de Jure Nat. Gent. & Civ. §. Et non.

Et non ineleganter in duas species Jus Civile distributum videtur: Nam origo ejus ab institutis duarum Civitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum, fluxisse videtur. In his enim Civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro legibus observabant, memoriæ mandarent; Athenienses vero ea quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

1. Locus omnium sibilis exceptus, eo quod satis constet, Lacedæmoniorum jura non scripta, minime fuisse *Consuetudines*, sed æque Leges certo auctore Lycurgo latas, quam quas Solon Atheniensibus dederat: Atqui hæc comparatio applicatur hoc loco juri scripto Romanorum & non scripto, id est, Consuetudinibus. Hæc vera objecta sunt; æquè verum est, Justinianum, qui hæc habet ex aliquo veteri scriptore, ut indicat stylus, nihil referre quod non sit verissimum, Leges Atticas fuisse scriptas, Laconicas non scriptas; Lycurgus enim voluerat, ut suæ Leges inde ab infantiâ memoriæ mandarentur, sicut apud nos symbola Christianismi solent, ne scriptæ minus in conspectu memoriæ civium forent. Fuit igitur Græcum jus scriptum vel non scriptum, ἔγγραφον, ἄγραφον: similiter Romanum est scriptum vel non scriptum; hactenus bene. Si tu pergas in comparatione, pro te id facies, Justinianus non sequitur, neque præivit ulterius. Elegantiæ causa terminos illustravit, nec amplius ei propositum fuit:

fuit; nec dubium, quin hactenus recte; super eo quod non scripsit, immerito reprehenditur, neque jure postulatur, ut comparatio similitudinem rerum exhauriat, sæpe illam adumbrat; neque docet hoc Imperator, sed elegantiam græcismi adfectat, ad doctrinæ summam nihil attinentem.

Justinianus eod. tit. §. 11.

Sed naturalia jura, quæ apud omnes gentes peræque observantur, divinâ quâdam providentiâ constituta semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero quæ ipsa sibi quæque Civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi vel aliâ postea lege lata.

1. Immutabilitas Juris Naturæ in hisce verbis statuitur à Justiniano, idque *divinâ quadam providentiâ*; Proinde sicut Deus est immutabilis, sic quoque jus ab illo mentibus insculptum; unde nec à Deo quidem mutari pôsse communis observatio est, etiam Grotii in *lib.* 1. *d. jur. b. & p. c.* 1. *n.* 10.

2. In contrarium, non omne Jus Naturale esse immutabile, quæ est positio Justiniani, statuit cum Connano, Pacio, Goclenio Ant. Matthæus *Coll. Inst.* 1. *th.* 25. cui forte difficultati ope distinctionis (cum pace scholæ hodiernæ) juris Naturæ præcipientis, suadentis & permittentis, mederi licet. Plures ita jus naturæ esse immutabile, ut ipse Deus immutabilis est, negant, sed immutabilitatem respectu hominis intelligunt; mutabile verò Jus naturæ esse volunt ex dispensatione & voluntate Dei; inter quos est D. Essenius *tract. de subject. Chr. ad L. Dei c.* 2. §. 12. *& seqq.* Nos hac de re nihil addemus iis, quæ dicta sunt à nobis *in parte* 2. *Digress. c.* 7. *n.* 6. *& seq.* Nec de sententia Cl. Puffendorffii, qui jus ipsum naturale facit positivum; nihil in se, docens, illicitum esse vel turpe, nec ullos actus esse debitos aut illicitos, antequam per legem tales fiant. Quam tamen sententiam utcunque primo duram auditu, ita explicat, ut nihil absurdi inde, si naturæ Jus legem quoque esse latam à Deo statuas, sequi videatur; sed libertas actionum & decretorum Dei aliquanto magis inde sit conspicua, etsi τὸ κρατικὸν Dei præceptis naturalibus ad humanam societatem pertinentibus subducere videatur; non æque dictum Apostoli, de eo quod gentes sine *lege* turpia & honesta discernunt, habentes τὸ ἔργον τοῦ νόμου γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις; *opus legis cordibus inscriptum*; facultas enim illa quâ mens à Deo prædita est, ut quid ratio secundum ordinem naturæ à Deo impressum à se se exigat colligere & constituere queat, sufficit ad vim illorum Pauli verborum præstandam. Nec plane in illa sententiâ plus postulatur, quam quod ab Essenio suppositum est & supponendum fuit. *l.* 2. *de Nat. c.* 3. *n.* 3. *& seqq.*

3. Unum est, de quo heic aliquid collocandum. Justinianus divinæ causam providentiæ, unde Juris naturalis immutabilitas oriatur, incertitudinis notâ, *quadam*, attemperat; haud dubie spectans eo, quod omnes fere tam Christiani quam gentiles, de Jure Naturæ scribunt, ejus fundamentum consistere in quadam insita & congenita facultate cognoscendi turpitudinem aut necessitatem moralem eorum quæ à Deo sine lege præcipiuntur aut vetantur; quâ in re fatendum

tendum eſt, non omne ineſſe, quod ad claram & diſtinctam perceptionem explendam, vel ad demonſtrandum in ſingulis rebus, an, & quare actiones objectæ ſint turpes aut honeſtæ, ſufficiat. Veteres tamen unanimiter ita, excepto Carneade, qui nullum jus naturæ dari, ſed ita ſtatuebat, *Utilitas juſti prope mater & æqui*, ut Horat. 1. *ſat.* 3. contra quam ſententiam diſputat Lactantius *l.* 5. *divin. Inſt. c.* 16. & Grotius in præfat. operis magni. Cæteri fere omnes in illâ facultate *quâdam* ſubſiſtunt, nec aliud pluribus verbis ipſe Grotius in *lib.* 1. *de jur. b. & p. c.* 10. Ideo recentiores aliter inſtituerunt. Inter quos auctor *de princip. juſt. & decor.* in ſpeciem moris geometrici ab hoc indubitato axiomate, *quod Deus ſit & mundum condiderit in ſapientiâ*, incipiens in hoc delinit, quod ordo mundi ſapienter *à Deo conſtitutus homini indicare debeat, quodnam cujuſque in agendo ſit officium:* Quæ verba nihilo plus lucis in ſingulis actionibus dare videntur, quam quod Juſtinianus, per divinam *quandam* providentiam ſuggeſſit; Etſi auctor ille non ceſſat ex ejuſmodi indubitatis generalibus, ut fit, educere multa paradoxa. Quomodo Hobbeſius qui ſimiliter ex indubitatis poſtulatis enormia quævis eduxit, inſtituerit, aliàs retulimus & examinavimus in *l.* 1. *de Jure Civit. c.* 3. & in *parte* 2. *Digreſſ. l.* 1. *c.* 8.

4. Venit etiam D. Puffendorfius in partes, a quo aliquando diſſentire viſi ſumus in eo, quod *facultatem æquum ab iniquo diſcernendi ex adſuetudine provenire* ſcripſerat, *dum pueri & vile vulgus à teneris annis & ſtatim a que uſum aliquem rationis exſerunt, vident, bona probari, mala improbari & illa laudes, hæc pœnam ſequi: quorum quotidianum exercitium & totius vitæ communis compages ad iſtum modum digeſta ita animos diſponit, ut paucis dubitare ſubeat, an aliter iſta fieri poſſint.* Secundum hæc ita exiſtimat, Paulinam locutionem ἔργον τοῦ νόμου γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις, de lege ſcripta in cordibus, nihil notare, quam *liquidam alt àque mente repoſtam cognitionem undecunque* ea menti *impreſſa fuerit lib.* 2. *de Jur. Nat. & Gent. c.* 3. §. 13. Hactenus omninò adſentiri difficile eſt. Sed inde tamen non ſequitur, eum amplecti debuiſſe eorum ſententiam, *qui animis hominum volunt eſſe congenita & impreſſa Juris Naturalis ſaltem generalia præcepta, ad modum diſtinctarum & actualium propoſitionum, quæ ſtatim atque uſus ſermonis acceſſerit, citra ulteriorem informationem aut meditationem ab homine poſſint exprimi.* Non eſt forte recuſandum, veritati & verbis Apoſtoli ſatisfactum videri, eo quod poſtea ſubjungit, *quod intellectui humano ea ſit facultas, ut ex contemplatione conditionis humanæ liquido preſpicere poſſit, ad normam ejus legis ſibi neceſſario vivendum.* Quod fere eſt idem, ni fallor, cum eo quod *ex Auctore de princip. Iuſti & decor.* modo protulimus, *mundi à Deo ſapienter ordinati conditionem homini neceſſario indicare, quodnam cujuſque in agendo ſit officium.* Sed inde non ſequitur, illam ratiocinationem non poſſe colligi ſine informatione, nec conſtare ſine adſuetudine & exemplis audiendi, videndi laudes & pœnas; etſi hæc eam adjuvant & confirmant. Lex inſcripta cordibus, quam dicit Apoſtolus, habet omnino vim τὸ αὐτοδίδακτον ποιῆσαι τὴν γνῶσιν τῶν καλῶν καὶ τῶν πονηρῶν, *faciendi, ut notitia honeſti & inhoneſti nil egeat inſtitutionis alienæ*, ut Chryſoſtomus ait *homil.* 14. *ad Antioch.* Idem alibi, Νοῦν ἔχων ἀπὸ σεαυτοῦ γνώσῃ, ὅ τι σοὶ πρακτέον καὶ ὅπως· *Mentem habens ex te ipſo cognoſces, quid faciendum & quomodo.* Quemadmodum notitia

notitia Dei naturalis etsi collectione fiat, institutione tamen aliena non ita eget ut aliter nullo modo animis sedere possit. Nec tamen non rectè dicitur *inscripta* cordibus hominum, quando & ipsi gentiles illud dictamen rationis *αὐτοδίδακτον*, appellant *τὸν θεὸν τὸν ἔνοικον*, *Deum in cordibus habitantem.* Plato *l.* VIII. de Legibus & Cicero *cælestem descriptionem Lib.* 1. *de Legib.*

5. Porrò, ne subsistat in Justinianæo, *quâdam*, Puffendorffius, fundamentum Juris Naturæ explicat his positionibus. I. Homo per naturam conservandi sui studiosissimus. II. Imbecillis & egenus est omnium rerum. III. Quod opus est adsequi, non potest, nisi cum aliis sui generis colat societatem. IV. Et nisi adversus eos ita se gerat, ne ab ipsis lædatur. V. Consequenter omnium satagat, quæ ad societatem conservandam pertinent, fugiat autem ea quibus eadem læditur; pluribus in eodem desinens, quod habet Grotius, quem tamen in hac doctrinâ varie exagitat. Qui sic instituit; jus idem esse quod justum; justum, quod injustum non est; Injustum, quod naturæ Societatis ratione utentium repugnat *L.* 1. *c.* 1. *n.* 3. Sed hoc solummodo Grotius ibi, de jure, quod ad alios habet relationem, *&* usum habet in pace belloque, non de universo jure naturæ; quemadmodum nec Puffendorffii positiones hoc exhaurire videntur: Sunt enim juris naturæ non pauca, quorum necessitas aut prohibitio propriè non pendet à conservatione vel læsione societatis humanæ, qualia non modo sunt quæ ad Deum spectant; neque enim hæc à Jure Naturæ separare fas est; sed etiam quæ ad hominem, ut ebrietas aliæque libidines in singulis se terminantes; quin etiam ad alios, ut matrimonium inter parentes & liberos, fratres, atque sorores. Plane igitur vel recurrendum ad Justiniani *τὸ quâdam*, ut est in *nostro loco*, sive ad Grotii convenientiam & disconvenientiam cum ipsâ naturâ rationali, vel in eo, quod diximus, præcepto generali subsistendum, quod est hujusmodi; Conscientiam status, in quo Deus humanum genus liberè & sapienter ordinavit, suggerere normam homini rectâ ratione utenti, secundum quam actiones suas instituat, in his quæ immediato dictamine rationis confici possunt. Nam determinatio & accommodatio singularium, est juris positivi & requirit arbitramentum. Meliora suggerentibus libenter auscultabimus. Etiam Viro Cl. si potest Hobbesii viam in adstruendo Jure Naturæ tueri & explicare convenienter rectæ rationi; Sed agit hoc, ut mihi quidem videtur, parum *σαφῶς*, nec ita *ὡς κεῖται* apud Hobbesium *d. cap.* 3. *n.* 16. Nobis in hæc evagari non est integrum, postquam textui nostro debitum patrocinium adhibuimus. Vide si quæ scripta in *d. l.* 1. *sect.* 1. *c.* 3. *de Jur. Civit.* & parte 2. Digress. *l.* 1. *c.* 8.

Pomponius lib. singulari Enchirid.

[1] *Initio Civitatis nostræ populus sine lege certâ, sine jure certo primum agere instituit, omniaque manu à Regibus gubernabantur. l.* 2. *d. Orig. Jur* §. 1.

1. Videndum, ne Pomponius sibi ipse obloquatur, cum paulo post scribat, tot leges sub Regibus esse latas, ut in librum eas congesserit Sextus Papirius, idque Jus *Papirianum* esse dictum, meris legibus constans, sine ullo ipsius ad-

ditamento. Quare Viris doctis ita fere videtur, Pomponium scribere debuisse, forte an etiam scripsisse, *manu Regis*, Romuli scilicet, quem Tacitus scribit, *ut libitum, imperitasse* Romanis, potestate arbitraria, quæ per *manum* significatur; cujusmodi omnium initia regnorum fuere, teste Justino Trogi. Sic adeo Ræwardus emendat hunc locum *libr. sing. de auctor. prud. c.* 1. *Manu Regis*, pro *manu à Regibus*. Quin Vaconius à Vacuna *lib.* 1. *declar. jur. c.* 9. negat, unquam fuisse talem manum Regiam, qualis à Pomponio describitur, ut testatur Wissembachius noster *ad h. t. n.* 2. Sed est verum, non negare Vaconium illam manum Regiam; negat manum fuisse *Regum*, non negat fuisse *Regis*, id est, Romuli, fere ut Ræwardus, edisserit. Sed Hotomannus *ad h. t.* negat absolute, verum esse, quod hic dicitur, idque melius convenire Sylviis Regibus & Aboriginibus ait, quia Livius referat, ipsum Romulum jura dedisse populo, qui sine Legibus in civitatem coire non potuerit.

2. Quid nos? Emendandi Florentinam editionem sat causæ non videtur, nec arguendi Pomponium inscitiæ vel contradictionis; Verius est, manum regiam tempori Regum æqualem fuisse, tametsi primis sub Regibus & Romulo maximè fuerit evidens. Leges à Romulo, quin & à Servio Tullio latæ ad jus publicum & regimen civitatis ordinumque differentiam, non ad privatas de meo tuoque controversias spectabant; vel si tales quædam, ut abscisse negari nequit, hæ juri æqualiter inter cives dicendo nequaquam sufficiebant, idque Dionysius auctor est *lib.* 10. *à pr.* Consulibus P. Volumnio, Servio Sulpicio, quod fuit anno V. C. 294. post Reges ejectos quinquagesimo, qui loquitur hoc modo: Οὔπω γὰρ τότε ἦν οὔτε ἰσονομία, οὔτε ἰσηγορία, οὐδ᾽ ἐν γραφαῖς ἅπαντα τὰ δίκαια τεταγμένα, ἀλλὰ τὸ μὲν ἀρχαῖον οἱ βασιλεῖς αὐτοῖς ἐπέταττον τοῖς δεομένοις τὰς δίκας, καὶ τὸ δικαιωθὲν ὑπ᾽ ἐκείνων τοῦτο νόμος ἦν. *Neque enim adhuc obtinebat æqulitas legum aut jurisdictionis, nec omnia jura scripto comprehensa erant. Sed olim quidem Reges eorum, jus petentibus statuebant & res ab illis judicatæ vim legis habebant.* Hoc est, quod diximus & quod absolvit tam Pomponium quam manum Regiam non modo Regis, sed etiam Regum, atque Lectionem Florentinam.

Pomponius *eod. libro.*

In libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius. l. 2. §. 2. *in pr.*

1. Budæus *ad d. l.* 2. *Hoc in loco*, ait, *hallucinatus est Pomponius, aut error est audaculi cujusdam emendatoris. Non enim Tarquinus Superbus Demarati filius fuit, sed Tarquinius Priscus, ut ex Livio* constat *l.* 1. *ab Urbe conditâ.*

Paruit huic Censuræ Hotomannus pro *filius legendo pronepos*; sed Leviore manu hanc difficultatem removet Dionysius Gothofredus, in notis *ad d. l.* 2. §. 2 adfirmando. *Tarquinium Priscum, etiam dictum fuisse Superbum, teste Cassio Heminâ apud Servium, Livio, Victore & Plinio.* De tribus quidem posterioribus fallit Gothofredus, quod in citationibus ei non est insolens; nec in Heminâ apud Servium plus est, quam in reliquis: nisi per *consequens* aliquid inde colligas

ligas ut Cujacius, qui ad *hunc locum* ita scribit; *Utrique Tarquinio auctores Superbi nomen tribuisse videntur. Nam & Superbo tribuit Cassius Hemina apud Servium & Livius & Victor de Cloacis, quod Prisco Plinius* XXXVI. *Et in Victore variè legitur, cum de filiabus scribit Servii Tullii; modo Superbi, modo Prisci. Et hunc quoque quem Pomponius Superbum vocat & paulam scribit, fuisse Demarati Corinthii filium, Certissimum est & fuit æque Pomponio ac cæteris esse Priscum.* Non erravit igitur Pomponius, si credimus Cujacio. Conjecturis sanè adjuvatur appellatio Superbi in Prisco Tarquinio. Nam hic vernaculam Regum simplicitatem superbis insignibus in exoticum fastum mutavit. Ab hoc fasces, trabeæ, curules, anuli, phaleræ, paludamenta, prætexta: Inde quod aureo curru, quatuor equis triumphatur, togæ pictæ tunicæque palmatæ, omnia denique decora & insignia, quibus Imperii dignitas eminet, ut Florus scribit in *lib.* 1. *c.* 5. Vix aliter fieri potuit, quin Superbi cognomen inde hæserit homini peregrinæ originis, in martio & rudi populo, quod ad nepotem ejus propagatum cum hoc coaluit, majoribus famæ meritis & speciminibus; atque tunc prior ille Priscus appellari cœpit; nec enim prius quam tempore secundi Tarquinii cognomen illud, ut Dionysius scribit, usurpatum est. Si vero displicet in Prisco superbiæ cognomen, Budæi conjectura de glossâ causam oportet sustineat, eoque modo Pomponius æquè erit absolutus, quem in re tralatitiâ erraffe non est simile viri.

Ex eadem L. §.3.

Exactis deinde Regibus, Lege Tribunitiâ, omnes leges hæ exoleverunt, iterumque cœpit populus Rom. incerto magis jure & consuetudine uti, quam per latam legem: idque prope viginti annis passus est.

1. Pomponio fidem non habet Sigonius 1. *de antiq. jur. Civ. Rom. c.* 5. Neque *enim*, inquit, *si quæ aut res humanas aut divinas continerent, quæ plurimæ & è Republ. fuerunt, sublatas esse crediderim*; quemadmodum legis Regiæ, vetantis mulierem, quæ prægnans mortua est, humari, antequam partus ei excidatur, tanquam adhuc vigentis, mentio fit in *l.* 2. *π. de Mort. infer.* Quænam porrò Lex illa Tribunitia? Nonne quam Junius Brutus tulit Tribunus Celerum, ne quis amplius Romæ regnaret? unde Hotomannus pro *Tribunitia*, legit, *Bruti Juniâ*; Leges igitur Regiam potestatem spectantes abrogatæ sint, non cæteræ, ut idem Sigonius & Bachovius ad τὰ πρῶτα *h. loco*. Atqui illud spatium à Regibus ejectis usque ad Legem XII. Tabularum, quem terminum incerti juris statuit Pomponius in §. *seq.* non fuit *viginti*, sed pene *sexaginta* annorum; Reges enim expulsi sunt anno V. C. CCXLIV. & XII. tabulæ conditæ sunt anno CCCIII. Hæc igitur, ut Pomponius habet, parum cohærent.

2. Hisce nodis explicandis sic habendum; Regibus ejectis horum odio Leges Regiæ omnes neglectæ sunt, paucis vel exceptis, vel deinceps in usum reductis. Auctor iterum Dionysius in *loco superius laudato*. Ὡς δὲ ἐπαύσαντο μοναρχούμενοι, τοῖς κατ᾽ ἐνιαυτὸν ὑπάτοις ἀνέθεντο πάντα ἅμα τῶν βασιλέων ἔργα, καὶ ἡ τῶν δικαίων

διάγνωσις καὶ τοῖς ἀμφισβητοῦσι πρὸς ἀλλήλους ὑπὲρ ὁτουδήποτε, ἐκεῖνοι τὰ δίκαια οἱ διαιροῦντες ἦσαν. τούτων δὲ τὰ μὲν πολλὰ ταῖς ἐπιτροπαῖς τῶν ἀρχόντων ἀφεῖσθαι ἐπιδεικνυμένων ἀνάλογα ἐν ἐπὶ τὰς ἀρχάς; κομιδῇ δὲ ὀλίγα τινὰ ἐν ἱεραῖς ἦν βίβλοις ἀποκείμενα, ἃ νόμων εἶχε δύναμιν, ὧν οἱ πατρίκιοι τὴν γνῶσιν εἶχον μόνοι. *Cum Romani sub Regibus esse desiissent, Consulibus annuis cum alia Regum munia, tum juris dicundi facultas, qua disceptantium causas cognoscerent & judicarent, incumbebat; Eaque potestas arbitraria patricios Magistratus consequebatur; paucis admodum legibus in libris Pontificum consignatis, quarum soli patricii habebant cognitionem.* Ita quidem Pomponio fides constat; nisi quod de annis XX. adjicit: hoc sensu enim anni sunt prope LX. quos ideo, lectione, quæ in numeris facile aberret, mutatâ substituere oporteat ut fidenter Hotomannus emendat, pro XX, legens LX. nisi cui placeat Antonii Goveani sententia, qui in *l.* 1. *Lection. Jur. c.* 21. legem tribunitiam interpretatur eam, quæ lata sit à C. Terentio Arsa tribuno pl. de creandis Decem viris æqui juris condendi causâ, quæ contentio duraverit annis XIV. usque ad XII. tabb. conditas; quo intervallo cessaverint Leges. Ideoque Pomponium pro XIV. posuisse, prope Viginti. Sed nec ego tam prolixè ea, quæ Goveanus narrat, apud Veteres reperio, nec cum prioribus Dionysii dictis conveniunt & nimis adhuc procul à viginti annis absunt; Emendatio numerorum magis placeat, quandiu nihil melius. Utique nec Cujacius *ad h. loc.* juvat, annos XX. computans à tempore, quo tribuni plebis sint creati. Nam hoc usu venit annis XVI. post Reges expulsos, ex quo ad XII. tabulas publicatas sunt anni tres & quadraginta, qui difficilius è XX fiunt, quam numerus LX. Bachovius ad *h. l.* ait esse lapsum Pomponii; sed nimis ille quidem gravis fuerit. Emendemus igitur numeros, bonis avibus: cum Hotomanno, qui etiam pro *consuetudine ali*, substituit hæc verba, *Consulum libidine agi.* Placet, agi pro, *ali.* De *consuetudine*, nihil mutandum videtur.

Ex §. 4.

Postea, ne diutius hoc fieret, placuit, publicâ auctoritate decem constitui Viros, per quos peterentur leges à Græcis civitatibus & Civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris proposuerunt, ut possent leges apertius percipi, datumque eis jus, eo anno, in Civitate summum: uti Leges & corrigerent, si opus esset, & interpretarentur, neque provocatio ab eis, sicut à reliquis Magistratibus, fieret. Qui ipsi animadverterunt, aliquid deesse istis primis legibus, ideoque sequenti anno alias duas iisdem tabulis adjecerunt.

I. Contra hæc Bachovius ita in Commentario *ad h. l.* disputat; *Ab omnibus prope notatus est error, ait, quod per X viros Leges à Græcis petitas scribit. Triumviri enim fuere, qui postea Leges, quas attulerunt, adjunctis aliis septem, X tabulas, mox anno sequensi alias & ita XII. tabulas conscripserunt; non quidem iidem plane numero; alii enim novem anno sequenti creati & uni Appio Magistratus continuatus fuit, sed Xviri scil. in locum priorum subrogati: quomodo accipiendum est, quod hoc loco scribit Pomponius; Eos ipsos duas tabulas adjecisse: aut an forte & hic*

hic lapsus est Pomponii sive Triboniani: nam & porro errat, dum in tabulis eboreis perscriptas eas tabulas publicè pro rostris propositas fuisse scribit: In æs enim non in ebur incisas fuisse constat. idque attestantur omnes, qui hujus rei fecerunt mentionem & insuper probat l. qui tabulam 8. ad L. Jul. pecul. Incisas in æs, sublato decemviratu, aut à novis Coss. aut ab ædilibus refert Liv. lib. 7. ut & hic castigandus sit Pomponius, qui ab ipsis Decemviris id factum scribit. Hactenus *Bachovius.*

2. Non est credibile, Pomponium ignorasse vulgatæ circumstantias historiæ. Compendio ipsi visum est orationis uti: Decemviri tabulas XII condiderunt. hæc est summa negotii. Petitæ fuerunt hæ leges, earum plurimæ duntaxat è præcipuis Græciæ civitatibus; Primo decem tabulæ fuere, mox XII. Caput negotii fuit opera decemviralis, ideo singularia & ipsis adscribuntur; ne prolixa nimis historia fieret, quam aliunde petendam lectori commisit Pomponius, aut si obreptum sit ejus memoriæ, non sit tamen operæ pretium, de talibus ingeminare *lapsus* & *errores*; Id in eo qui singularia non attigit, verum sub uno rei summo capite transmittit, captatorium videtur. Idem de *eboreis* tabulis; pro quibus si cum Gothofredo legere malis, *roboreis*, modesta erit emendatio & auctor est Dionysius Halicarnassensis, leges a Romulo esse propositas populo ἐν δρυΐναις σανίσι, in quernis sive roboreis tabulis, antequam ex ære fuerint receptæ; quæ forte nec ipso Decemvirali tempore adhuc in illum usum adhibitæ sint, etsi Livius ita. Quis in ejusmodi circumstantiis infinitam omnis historiæ, recentioris etiam, ne de vetustâ dicam, nescit varietatem & lubricitatem, quam corrigi bonum est, exprobari incivile & parvi animi. Cujacius Pomponium putat ad morem sui temporis respexisse, quo SCta in eboreas sive elephantinas tabulas redigebantur *l.* 52. *d. Leg.* 3. ubi tamen ita non scriptum.

Ex §. 8.

Deinde cum esset in Civitate Lex XII. *tabularum & Jus Civile, essent & Legis actiones: evenit; ut plebs in discordiam cum Patribus perveniret & secederet sibique jura constitueret, quæ Jura Plebiscita vocantur. Mox cum revocata est plebs, quia multæ discordiæ nascebantur de his plebis scitis, pro legibus placuit ea observari lege Hortensiâ.*

1. Bachovius his verbis Censuram in hunc locum Pomponii exposuit. *Multa hic vitia*; inquit, I. *secessio plebis prima, quâ obtinuit proprium Magistratum & Tribunos plebis, contigit anno* XVII *post exactos Reges: atqui Lex* XII *tabb. annis* XC. *post sancita, & quomodo igitur, cum jam essent* XII *tabulæ, secessit plebs?* II. *Secessione illa in monte sacro, nihil præter sacratam Legem de Jure Tribunorum sancitum est; & tamen ita loquitur Pomponius, quasi plurima plebiscita in secessione plebs tulerit.* III. *Efficitur ex verbis textus, quasi lex Horatia de his plebiscitis, quæ in secessione lata fuerunt, decreverit, ut pro legibus valerent, quod rursus falsum est. Et porro* IV. *pariter falsum, quod* MOX *revocata plebe, ista lex Horatia fuerit sancita, sed id factum* 40 *amplius post annis & ab urbe Con-*

dita 305. post sublatos Decemviros; *Lex, inquam, Horatia*; *Nam illud aliud & quintum vitium est, quod mox revocatâ plebe, per legem Hortensiam, vim legum plebiscitis datam esse, hic scribitur: siquidem lex Hortensia nimis quam longo intervallo post lata est.* Hactenus *Bachovius*.

1. Ad primam objectionem. Non ignorasse Pomponium quo tempore tribuni plebis sint creati, idque fuisse diu ante XII tabulas, apparet ex §.20. in quo scribit, tribunos pl. esse creatos & secessionem hac causâ esse factam anno fere septimo decimo post Reges exactos, ut Bachovius postulat & notum est; post quæ, in §.24. narrat, Decemviros auctores XII tabularum, esse creatos. Quare igitur heic aliter? mihi sic videtur. Heic originem Juris refert & ordinem rerum magis quam temporis servat. Lex XII tabularum est fons omnis Juris; hujus primo loco recensuit originem; Inde singulas species persequitur, Responsa prudentium, quæ Jus Civile dicebantur & Legis actiones: His positis, ad plebiscita transit, quasi hæc sequerentur non tempore, originis, inquam, id enim mox aliter explicat, sed artificiali, specierum subordinatione; tum etiam, quia plebiscita deinceps usum habuere præcipuum, etsi primum ortum pariter refert & cum usu posteriore conjungit. idque ad secundam objectionem tenendum; Usus plebiscitorum est posterior; *Ea* tamen à tribunis orta sunt, Ideo tribunorum originem simul collocat & cum plebiscitis conjungit, compendio, etsi post sequutis. Hinc evanescit objectio tertia, quæ & de Lege Horatia male, de quâ nihil Pomponius. Ad quartum; Captat particulam *mox*, inepte, quasi in brevissimo tot seculorum compendio, 40 anni non possent dici, *mox*. Imo etsi Hortensia Lex serius lata sit, ut est, ipsa tamen illud *mox* in tali orationis epitome non respueret. At vero illud *mox* non prædicatur de confirmatione plebiscitorum, sed de secutis discordiis. Inde quinta corruit objectio: nec enim Pomponius *Hortensiam* pro Lege Horatâ posuit, sed ultimam de plebiscitis sanctionem pro omnibus unam collocavit. Plane si hunc versum conferas cum §.24. non posse fieri videbis, ut tam crassè Pomponius erraverit, ac videri voluit Bachovius.

Ex §. IX.

Deinde, quia difficilè plebs convenire cœpit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa Curam Reipubl. ad Senatum deduxit. Ita cœpit Senatus se interponere, & quicquid constituisset, observabatur, idque jus appellabatur Senatus Consultum.

1. Hæc verba falsi redarguit Historia Romanæ Reipubl. & secundum eam Hotomannus, Bachovius aliique *passim*; siquidem satis constat, Senatum inde ab initio & ipsorum Regum tempore curam habuisse Reipubl. non tum demum ubi plebiscita condi coëperunt sed vel maxime Senatus potentiam continuo post reges ejectos valuisse; Cæterum, potentiam Senatus plebejis coitionibus lapsu temporem fractam & arctatam è Livio & Dionysio constat; tantum abest, ut difficultate conveniendi à parte plebis Senatus auxerit potestatem suam. Praeterea

terea notum est, Senatum, in Republ. Romanâ nunquam habuisse potestatem condendi Leges, sed auctoritatem duntaxat, cujus hæc erat maxima vis, ut nulla lex ad populum ferri posset, nisi probante Senatu, ut testis est Livius in *l.* 1. *c.* 17. Quotidiana Reipubl. administratio penes senatum quidem erat; sed leges condendi potestas nunquam penes eum fuit, ante Tiberii Cæsaris tempus, à quo Comitia, id est, jus condendi leges & creandi magistratus è Campo in Curiam translata sunt, hoc est, à populo ad Senatum, ut Tacitus refert 1. *Ann. c.* 15. quemadmodum hæc pluribus à nobis demonstrata sunt in *lib.* 1. *Digress. c.* 3. Quid ergo de Pomponio? si quid erraverit, magnis sociis erravit. Nam & Cicero in *Top. à pr.* inter species Juris SenatusConsulta commemorat, & Justinianus in §. 5. *Inst. de Jur. Nat.* ita loquitur; *Nam cum auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset, in unum eum convocari, Legis sanciendæ causâ, æquum visum est, Senatum vice populi consuli.* Sed fieri potest, ut Justinianus hoc sumpserit è Pomponio nec is hunc absolvere possit. In universum quidem SenatusConsultorum necessitatem non male petit Pomponius à confusione regiminis popularis, quemadmodum hæc omnis aristocraticæ potestatis origo est; sed historicè non est verum, id accidisse diu post urbem conditam vel libertatem stabilitam vel quod populus difficultate conveniendi, jure condendi leges cesserit in gratiam senatus, ut indicare videntur ipse & Justinianus. Quippe nihil est verius, quam senatus potestatem inde à Romuli initiis fundatam fuisse, mox autem à Regibus exactis longe majorem extitisse quam deinceps, neque desisse ad extrema usque tempora leges & plebiscita ferri atque perferri ad populum. Sed est etiam verum, SenatusConsulta in quibusdam rebus habuisse vim juris, quod ad minora Reipubl. negotia attineret, de quibus ad populum non ferebatur, & de quibus Ciceronem atque Pomponium intelligere posse videmur. Sed originem potestatis quâ senatus Reipubl. curam acceperit;' magis ex ideâ politices, quæ docet, è confusione popularium Imperiorum nasci optimatium Status necessitatem, quam ab exemplo Romanæ historiæ petiisse videtur.

2. Quod autem Pomponius in his verbis de plebis & populi congressu distincte loquitur, quam hoc difficultatem habeat, nihilque in eo peccatum sit, expositum est à nobis in parte 2. *Digress. l.* 1. *c.* 10.

Ex §. XI.

Novissime, sicut ad pauciores juris constituendi via transisse, ipsis rebus dictantibus, videbatur, ita per partes evenit, ut necesse esset Reipubl. per unum consuli. Nam Senatus non perinde omnes Provincias probè gerere poterat.

1. Hæc omnes fere Interpretes ut adulatoria insectantur. Novissimè Wissembachius noster *Comment. ad Pandectas h. t. Dissimulare non possum, Placentiæ habitasse Pomponium, non Veronæ, cum illam status populi Rom. Monarchici constituendi causam, in suo Enchiridio traderet. Adulatoris est illa vox, Cæsarum ambitioni colorem quærentis. Constat enim Rempubl. à Cæsare & mox à Triumviris & his Augusto injustis armis, invitissimo Senatu, oppressam, & statum priorem in Monarchiam mutatum fuisse.* At-

Atqui non est τῶ ἀδυνάτων simul esse Placentinum & Veronensem. Exemplum in Plinio Secundo, qui fuit sanè veronensis, sed in scribendo Panegyrico se Placentinum exhibuit, si quidem *non sine adulatione* eum à se fatetur esse scriptum; nec tamen desiit esse Veronensis, utique stylo si minus natalibus. Pomponium egisse Placentinum in causâ Monarchiæ Imperatoriæ constituendâ, fateri licet, ut tamen Veronam, id est, veritatem non neglexerit. Non negat, Julium & Augustum Cæsares armis occupasse Rempubl. quod est verissimum; sed non minus est verum, quod ipse adfirmat, populum Romanum extremis Reipubl. temporibus eo redactum fuisse per factiones & confusiones tribunitias, ut se pacemque nullo modo tueri posset, ac ideo causam haberet ita existimandi, quod est *Plutarchi* dictum, bene secum actum iri, si in majus malum, quam unius dominatio esset, non incideret: Quod cum Historiæ fides enixè & abundè confirmet, nihil est, quod hac causâ Pomponio irascamur. Nam Placentinum agere non semper est reprehendendum, si fiat salvo Jure Veronensi; nisi maledicere potestatibus, id demum sit, esse Veronensem. Forte si justam scriberet historiam Pomponius, non modo nil falsi scribere, sed etiam veri nihil reticere debuisset. In hac summâ recensione rerum, nihil quam prius requisitum ab illo exigi potuit. Cæterum, quod *per partes* evenisse narrat Pomponius, ut necesse esset, Reipubl. per unum consuli; nunquid *factiones* intelligit & civilium *partes* bellorum? Ita Goveanus 1. *var. Lect. c.* 24. Ad rem non male, ut demonstravimus; ad literam melius, ut videtur, Cujacius, *per partes*, id est paulatim, à populo ad senatum, à Senatu ad Principem.

Eodem §. XI.

Igitur, constituto Principe, datum est ei jus, ut quod constituisset, ratum esset.

1. Connanus *lib.* 1. *Comment. Jur. Civ. c.* 16. §. 3. Non *tam*, ait, *populus Romanus concessit potentiam suam Principi, quam eâ se per vim spoliari magno suo dolore passus est:* quod historia loquatur & Pomponium qui *datum* jus adfirmat, adulationis convincat. Responsio est, factum dationis à Pomponio facile præstari, si cogites Illum respicere ad id tempus, quo Augustus professus est in senatu, se velle ἀποθέσθαι μοναρχίαν ut Dion, Rempublicam reddere, ut Suetonius. Sed potestas ejus pergit Dion, magno consensu παρά τε γερουσίας τοῦ τε δήμου ἐβεβαιώθη, *à Senatu Populoque confirmata est*; id agente Augusto, ne quicquam habere videretur ἄνευ δόσεως τινός, *sine aliquo actu dationis*, ut Dion *lib.* 53. quod factum heic memoratur, quàm volente invitove populo, non dixit Pomponius; sed jus hoc esse *datum* satis liquet: Quin etiam necessitatem eò rem deduxisse Romanam satis constat & jam dictum est. Amplius hæc res agitabitur *ad l.* 1. *de Constit. Princ.*

Ex eadem L. 2. §. 14.

Quod ad MAGISTRATUS *attinet, initio Civitatis hujus constat, Reges omnem potestatem habuisse.*

1. Censura duplex; Reges Romani, nec ulli *omnem potestatem*, τὸ κῦρος habentes, sunt Magistratus, Latine quidem, ut aliàs à nobis demonstratum est in *prælect. ad h. t.* Grotius, cujus auctoritatem, qui contra nos & hunc locum scripsit attingere non ausus est, addatur *de jure summarum potest. circa sacra, cap. 1.* Vulgus, ait, *summum Magistratum vocat hunc de quo agimus*, Regem, *contra Latinæ vocis usum; Nam Romanis, Magistratus minorum potestatum nomen est.* Cujacius ad hæc verba, *Reges &c.* ita commentatur: *Nec tamen ipsos recte dixeris fuisse Magistratus, Celsiores sunt Magistratibus.* Βασιλεῖς *etiam Græcis nunquam dicuntur* ἄρχοντες: hactenus Cujacius. An igitur Pomponius, contra Latinæ vocis usum cum vulgo, ut voluit ille, Reges inter Magistratus habet? Nihil minus; sed acturus de Magistratibus; *quod ad tempus sub Regibus attinet, non est*, ait, *quod prolixe de Magistratibus agam, quia Reges omnia illorum munia amplexi sunt*; idem quod Tacitus de Principibus adfirmat Imperatoribus, 1. *Ann. àpr.* quos nemo latine Magistratus appellavit unquam, etsi Βασιλεῖς Reges vere fuerint.

2. At videndum, quod est *secundum Censuræ* latus, ne falsum sit, quod Pomponius ait, *Reges omnem potestatem habuisse*, quemadmodum de Principibus proditum est Imperatoribus, in illos *omnem* à populo Romano *translatam fuisse potestatem*, jus arbitriumque omnium rerum, ut Suetonius *in Cajo.* Nam præter, quod non desunt, qui Reges nusquam gentium *omnem potestatem* habere, sed populo semper inferiores esse statuunt, Dionysius in *libro 2. Antiquit.* excipit ab eorum potestate hæc tria, τὸ ἀρχαιρεσιάζειν τε καὶ νόμους ἐπικυροῦν, καὶ περὶ πολέμου διαγινώσκειν, *Jus eligendi Magistratus, sanciendi Leges & decernendi bellum*, quæ tria magnam partem Summæ potestatis, quam Majestatem vocant, continentia, populo sub Regibus adscribuntur; Præter ea quæ Senatui dantur, qua parte comparat Romanum Lacedæmonio regnum. Οὐδὲ γὰρ οἱ Λακεδαιμονίων βασιλεῖς αὐτοκράτορες ἦσαν, τι βούλοιντο πράττειν, ἀλλ᾽ ἡ γερουσία πᾶν εἶχε τῶν κοινῶν τὸ κράτος. *Non enim Reges*, inquit, *Lacedæmonii liberam facultatem habuere faciendi quod vellent, verum Senatus omnem Reipubl. potestatem habebat.* Responsio ad hæc est prima: Romulum Ipsum *jura* quæ vellet *dedisse*, teste Livio *lib. 1. c. 8.* sic, ut modum administrandi aliquo modo ad similitudinem Lacedæmoniorum describeret: Sed jus omnium rerum fuisse penes Romulum ex ipso Dionysio patet, qui narrat, Romulum eo modo ipsum partes Reipubl. curandæ distribuisse, dependenter ab ipso tamen omnino, ut erat imperiosus. Nam ipsius erat βουλὴν συνάγειν καὶ δῆμον συγκαλεῖν, *Senatum cogere, populum convocare.* Senatus autem nihil poterat, quam περὶ ὧν εἰσηγῆται βασιλεύς, de quibus Rex ad eum retulisset; populus autem jura ista non aliter exercebat, quam ὅταν ὁ βασιλεὺς ἐφῇ; *quatenus Rex*

E popu-

permitteret, à cujus voluntate omnia pendebant, adeoque *ut libitum imperasse Romulum* scribit Tacitus. 3. *Ann.* 26. Nec reliquorum jus Regum est diminutum, ante Servium Tullium sanctorem legum, *quis etiam Reges obtemperarent*, ut idem Tacitus. Quod, si populus & Senatus illas imperii partes quas vidimus è Dionysio, per se, ac independenter à Regibus habuissent, jam olim ipsoque à Romulo ejusmodi Leges sancitas esse oporteret. Apparet igitur, quo ista cum Lacedæmoniis comparatio spectet, ad modum administrandi, non ad jus imperandi. Si cui minus hæc responsio placeat, in promptu habet dicere; Pomponium Regibus omnem adscribere potestatem, *quod ad Magistratus attinet*, ut diserte loquitur. Non agere illum de omni jure Summæ potestatis in Republicâ, sed de jurisdictione & administratione quotidiana, quæ fit per Magistratus, quorum caput Arbiter & moderator fuerit Rex, ut nemo negabit.

Ex §. 24.

Initium fuisse secessionis dicitur quidam Virginius, qui cum animadvertisset, Appium Claudium, contra jus, quod ipse ex vetere jure in XII. *tabulas transtulerat, vindicias filiæ suæ à se abdixisse, & secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse: καὶ τὰ ἑξῆς*; secundum ea quæ latius habet Livius in *lib.* 3. *c.* 45. *& seqq.*

1. Bachovii Censura: *Hac in re mihi videtur fortasse juris ignoratione esse Livius lapsus*, & mox; *Quo errore se quoque involvit Pomponius noster, qui hoc solum videntur urgere & arguere pro absurdo, quod Appius vindicias decreverit secundum servitutem. Quid enim, an semper in causâ & controversia status oportebit judicare pro libertate? Id fuerit plane ridiculum, cum sæpe etiam qui in servitutem adserit, probationibus vincere possit; quo casu omnino secundum servitutem danda sunt vindiciæ, quod jur e certissimum, & ipsissima evincit ratio.*

2. Etsi aliquando in eodem scrupulo, quem Bachovius movet, hæserim, non putavi tamen Livii & Pomponii potius quam nostram laborare scientiam. Nunc ita existimo, nihil esse erratum; Livius & Pomponius non reprehendunt Appium in eo, quod contra jus à se latum, causa cognitâ, pro servitute contra libertatem judicasset: Illa enim planè absurda fuisset reprehensio. Sed quod, pendente judicio, puellam jusserat esse in manibus & possessione petitoris; cum lege cautum esset, interea vindicias semper esse debere pro libertate, donec causa plene cognita judicium pro libertate vel pro servitute, sicut res erat, exiret. Proinde vindicias apud Livium & Pomponium esse possessorias duntaxat, non petitorias, ut recentior amat loqui jurisprudentia, dicendum est. Cum Appii cliens subornatus Virginiam vindicaret in servitutem, advocati puellæ postularunt, ut Appius rem integram in Patris adventum differret; *lege ab ipso latâ, vindicias daret secundum libertatem*, ut Livius scribit. *d. c.* 45. Non poterant ita postulare nec ita lege cautum esse poterat, ut necessario pro libertate judicaretur, si forte verè ancilla esse probaretur: sed ut interim, pendente judicio, maneret in posses-

possessione libertatis. Id ipsi puellæ advocati significant his verbis apud Livium, *neu pateretur virginem adultam famæ prius quam libertatis periculum adire*. Quæ verba non ad eventum judicii peremptorium, sed ad interlocutionem pertinent, ne ante sententiam puellæ præjudicaretur. Idem ex Appii decreto liquet, *placere, Patrem accersiri: Interea juris sui jacturam adsertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum ejus, qui pater dicatur, promittat*. Executione decreti de vindiciis secundum servitutem possessoriis & interlocutoriis, ad instantiam Numitoris & Icilii puellæ avunculi & sponsi in diem sequentem dilata, postridie, mane, cum petitor questus esset, quod jus sibi pridie per ambitionem dictum non esset, Appius subito interfatus, vindicias secundum servitutem decrevit; tales nempe vindicias, quales pridie petitæ quæque dilatæ fuerant, *possessoriæ*, quas deinde plenior causæ cognitio & sententia definitiva de jure pleno sequeretur. Erravit igitur ipse Bachovius, quod Appium non modo de possessione puellæ, sive de *provisione*, quam pragmatici dicunt; verum etiam de petitorio, id est, de pleno jure servitutis aut libertatis pronuntiasse putavit. Res aliter se habet; Appio pro libidine stuprandæ virginis sufficiebat, addictio vindiciarum & possessio puellæ temporaria. Sic nihil à Livio, nihil à Pomponio, quod quidem satis enorme fuisset in tanto JCto, peccatum esse videtur.

2. Quæ præterea ad hoc caput *De origine Iuris* notari solent hujus instituti, tam minuta ac incerta sunt, ut ea silentio præterire satius videatur. Ergo ad alia transeamus.

Papinianus *lib.* 1. *Definition.*

Lex est, Commune præceptum, Virorum prudentium consultum, delictorum quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coërcitio; communis Reipubl. Sponsio L. 1. de Legib.

1. Quid hoc definitionis est, quam in libro definitionum collocavit Papinianus? coacervatio generum, nihil differentiæ loco; desumpta quidem ex Demosthene, ut ex *l.* 2. apparet; sed truncata, malè versa, præter quod oratoria potius quam dialectica. Quod Demosthenes dixerat, *τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων*, male vertit Papinianus; *quæ sponte vel ignorantiâ contrahuntur*, cum è Græco sit, *sponte vel ab invitis*, quod Mureius & Bachovius notant. Quod additum erat ab oratore Græco, *καθ' ὃν ἅπαντας προσήκει ζῆν τοὺς ἐν τῇ πόλει*, *secundum quam omnes in civitate vivere oportet*; quæ ad rem maxime pertinerent, omisit JurisCtus.

2. Quod ad primam attinet objectionem, verum est, JCtos veteres dialecticam in definiendo anxietatem non semper habuisse curæ, potest etiam non tam pro definitione, quam ut Bachovius ait, pro Legis commendatione à veris prædicatis accipi. Et tamen nec erit abs re, si quis hoc modo acceptam dixerit esse bonam definitionem, *Commune Præceptum summæ potestatis ad delictorum coërcitionem & omnium de quibus cives inter se agunt moderationem prudenti consilio publicatum*. Præceptum commune, est publicum ab eo qui habet *τὸ κῦρος*, id est, Supremam potestatem. Verba *sponte vel ignorantiâ* possunt abesse. Communis Rei-

 publ.

Publ. *Sponsio* notat omnia de quibus ejusdem civitatis homines inter se agunt & contrahunt.

3. Versio si quid ego judico, male Papiniano objicitur. Cum enim τὸ ἀκούσιον invitum sit duplex, per vim & per ignorantiam, ut Aristoteles docet 3. *ad Nicom. à pr.* quod verè per vim fit, huc nullo modo pertinet, cum sit illud, οὗ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν, *cujus principium foris venit*, ut cum alius validior meam manum arripiens alium ferit: Non poterat igitur aliud ἀκούσιον, quam *per ignorantiam* heic usu venire. Tu dices, ergone lex punit ignorantiam? Ita, si culpa causam ignorantiæ dederit, ut in his quæ per ebrietatem fiunt; vel ignorantia dolo implicita sit, veluti cum quis alium pro alio occidit, aliud pro alio furatur, si quis lapidem furari volens, terminum agri abstulerit *l. 2. d. term. mot. l. 21. §. 2. de furt.*

4. Denique, truncatio quæ Papiniano objicitur, parvi nulliusve momenti est; Nam præcepti vox & Sponsio Reipubl. civium obligationem satis indicabant. Quid autem rei sit illa Sponsio & quem illa vox usum præbeat in jure publico privatoque, diximus *in prælect. ad h. t.* Addendum hic aliquid, ut res maximi in jure publico privatoque momenti recte intelligatur, quando & Puffendorffius in admittenda hac ratione difficilior, omnem obligandi facultatem à Superiori potestate repetit *lib. 1. de Iur. Nat. c. 6.* quod equidem de vi creativâ verum est; de obligatione verâ, quæ est animorum, nequaquam. Non putamus equidem, obligandi jus solummodo esse è Consensu; *etiam* inde esse, duntaxat urgemus, ut jam ad *l. 1. §. ult. d. Iust.* & plenius *in lib. 1. de Iur. Civ. c. 1. n. 2. & sequ.* probavimus. Cum Iuris peritis & oratoribus in hac positione quod Legis obligatio sit etiam è civium consensu, consentire Philosophos cum hæc ipsa *Lex 1.* tum Aristoteles indicat, hac sua definitione Legis: Νόμος, ait, est λόγος ὡρισμένος καθ' ὁμολογίαν κοινὴν πόλεως πῶς δεῖ πράττειν ἕκαστα, *oratio definita secundum communem civitatis consensum, quo pacto singula sint agenda præcipiens.* Fundamentum ejus rei primum est in Imperio populari, quale fuit Athenis ac Romæ; ubi leges identidem per suffragia civium mutuasque interrogationes & responsiones sanciebantur. Secunda inductio est; Quando populus uni vel paucis, tribuebat potestatem ferendi leges, quas ipsi publico expedire judicarent, præcedente mutua sponsione civium, se leges illas observaturos, cujusmodi potestatem Athenienses in Solonem, Romani in Decemviros legum ferendarum causâ contulerunt. Huic similis est tertia in omnibus Imperiis voluntariis; quando cives mutuo compromisso invicem obligantur, ad servandas leges à Rectoribus suis conditas, condendas; cui obligationi omnes Civitati voluntate sua aggregati tacitè quidem, attamen evidente consensu accedunt.

Julianus *lib. 55. Dig. &. Neratius lib. 6. Membran.*

Non omnium quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. Et ideo rationes eorum, quæ constituuntur, inquiri non oportet; alioqui multa ex his quæ certa sunt, subvertuntur. l. 20. & l. 21. de Legibus.

1. Quid hoc? rationes Legum inquiri non oportet; Nonne ratio est anima Legis,

Legis, & an ulla datur Ars vel scientia, cujus ratio non sit principium? Quis ferat hujusmodi institutionem, quæ ratione carere potest? tales undique voces audimus abominantium Juris studium, siquidem hoc modo creatum sit. Enimvero simplex harum positionum connexio & expositio absolvet Eunomiam & tollet omnem scrupulum. Cum leges positivæ sint de rebus non modo necessariis aut semper æquè utilibus, verum sæpè temporario rerum hominumque statui serviant, quis longo post tempore sciat exactè rationes omnium quæ olim placuerunt? Lex tamen si clara & certa sit, an cives ideo sine publico suffragio respuent legem, quia ratio illis non probatur? Namque ita, nec aliter, prohibitio in rationem inquirendi capienda; scilicet, ne fit faciendum, quo tantisper lex more *dubitantium* philosophorum seponatur: non vetat diligentiam in rationes inquirendi Legislator, sed proterviam à ratione suspendendi legis obsequium, ubi de ratione non constet. Hæc è subjectis patet verbis; *quia tum pleraque jam certa subverterentur:* ut fieret dubitandi methodo, quæ desineret in visionem proprii cujusque judicii.

2. Cæterum, an Ratio sit principium Jurisprudentiæ, disputatum est aliàs; cum ad probandum, Rationem esse principium auctoritatis sacræ Scripturæ; domestici argumentum exempli nobis opponeretur. Sed quæ tum demonstravimus, responsione partis adversæ sæpe promissa, semper exprobratâ, nunquam præstitâ, reperere jam nihil attinet. In *Prælectionibus* hæc res obiter acta est, hac summâ, perceptionem voluntatis populi aut alterius nomothetæ esse Jurisprudentiæ principium; unde Ratio ad usum & similia argumentatur: Nihilo secus quam de Scripturâ sacra orthodoxi loquuntur, ut Ratiocinatio instrumenti non principii nomen & usum habeat.

3. Quid igitur, quod Ratio est anima legis? philosophiæ non Jurisprudentiæ est hæc sententia; commendatur Legislatori ac Interpreti, quod ad usum, non principium adtinet. Est utique lex & manet talis, etsi erret ejus ratio. Nec tamen ea res prohibet, quominus nulla scientia Ratione sit ante Jurisprudentiam; imo quominus nulla se tam facile in reddendis rationibus expediat. Philosophi cum suis occultis qualitatibus, aut surrogata illis dispositione inscrutabili particularum, infinito crebrius hærent, ut & Medici; ne de Theologis dicam, in rationibus τ̃ φαινομένων promendis. Ars legum è sensu communi deprompta rarissime ad hoc asylum refugit, nec scio, an non præmunimenti potius quam usus sit ista lex & regula *Legis, Non omnium.*

4. Duntaxat, si quid in Lege bonis moribus aut divinis præceptis adversum reperiatur, id non obligat cives, nisi ad passivam, quæ dicitur, obedientiam. Alioqui Leges, ut præcepta summæ potestatis, etsi de ratione non constet, aut ea minus probabilis sit, obligant omnimodo, *οὐ μόνον διὰ τὴν ὀργὴν, propter iram* & metum pœnæ; *ἀλλὰ καὶ διὰ συνείδησιν, sed etiam propter conscientiam*, ut Apostolus monet. Etsi rursus verum est, non obligari posse conscientiam divinæ voluntatis, quæ est hæc, ut præceptis Summarum potestatum omnis anima pareat, etiam quatenus & quia præcepta sunt. Amesi. *de Consc. c. 25. n. 4.*

Paulus *lib.* 4. *ad Plaut.*

Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt l. 23. *d. Legib.*

1. Tetrica Lex, & quæ hujus seculi ingenia mirificè à Juris studio absterreat: Ideo scilicet, rationes eorum quæ constituta sunt inquiri vetant Juris Auctores *l. præced.* ut semper habeant servum pecus adsententium & coeco addictorum obsequio studiosorum, cum ἐχεμυθίᾳ non quinquennali, ut apud Pythagoram, sed nunquam desiturâ. Quid humano convenientius ingenio quam Varietas? Alitur hæc & excitatur quam maximè Novitatis studio; modo servetur hoc temperamentum, quod *Lex* 2. *d. Const. Princ.* inculcat; *In rebus novis constituendis evidens utilitas esse debet.* Bene est; maneamus in hoc temperamamento, nec alia mens Paulo. Non esse alienos à reformatione Jurisconsultos in melius novum, docet universi Juris & ipsius Justiniani Cæsaris exemplum; Inde enim à primo Legis XII tabularum initio ad ultima usque tempora, non cessatum est à novis legibus & veterum derogationibus. Sed hic locus ad Interpretes magis quam Legum conditores pertinet, & sane fecit vel hujus præcepti religio, vel Artis proprietas, ut minus obnoxia fuerit Iurisprudentia novaturientibus. Nominatim illis, qui nuper à dubitandi principio cuncta innovare instituerunt, etiam illa potissimum, quæ semper interpretationes certas habuerunt; Cum nullam eruditionis Facultatem illa methodus intactam reliquerit, in Iuris doctrinam quicunque illam introducere conati sunt, semetipsos magis deridendos, quam admirandos præbuerunt. Etiam vero ad Interpretes Iuris, qui tot leges auctoritate semper Eunomicâ venerabiles, ut falsas & subornatas eliminarunt, quos inter facile primas tenet Antonius Faber, hoc monitum pertinet. Sane evidentem oportere esse rationem, quæ nos ad ejusmodi compellat mutationes, contra certitudinem interpretationis perpetuam, nemo dubitet. Ejusque rei examen, ad hoc institutum pertinet.

Ulpianus Lib. XII. ad *L. Juliam & Papiam.*

PRINCEPS LEGIBUS SOLUTUS EST. l. 31. *de Legibus.*

1. Anton. Matthæus *Disput. ad Pandect.* 2. *th.* 2. *Videtur id multis modis absurdum esse, juri, æquitati, rationi, honestati, bono tum publico, tum privato contrarium,* quæ tamen verba sunt occupantis dissensiones potius quam decidentis. Absurditatis illa species facit, ut non modo Gothofredus hæc verba enervaverit ex *l.* 23. *d. Legat.* 3. Principem *videri*, non *esse* Legibus solutum adfirmans, sed etiam summus Vir Cujacius *lib.* 15. *obs. c.* 30. inscriptionis argumento hæc verba de Legibus Iulia & Papia duntaxat, intelligenda putaverit. Donellus. 1. *comment. c.* 17. ad solennia Legum hanc infinitam positionem restringit. Idem Corasius 2. *miscell. ult.* magni Viri omnes & gravi, ut videtur, præjudicio pro illorum sen-

ten-

tentiâ, qui Principes & Rectores populorum, semper his inferiores eorumque mandatarios esse volunt. Non libet heic agere prolixe de re toties ventilata; Cardo quæstionis in hoc vertitur, utrum populus in Principem transtulerit jus suum in actu primo, an exercitium sui juris ei mandaverit. Hac de re, ex sententiâ *Juris* Romani non potest dubitari, tam clarâ positione, quam est in *l. 1. tit. sequ.* de quâ mox agendum.

2. De Cujacio miror ita differente; *Quinimo ut populus ipse suis legibus tenebatur, ita Princeps, cui & in quem populus omne suum imperium contulerat.* Quid hoc, an populus universus suis legibus tenebatur? Singuli sane tenebantur, universum populum in Comitiis coactum quis Legibus teneret, quas antiquare, quibus solvere quos vellet, poterat. Universus autem hic solummodo intelligi potest, quia cum Principe comparatur, in quem jus Populi non aliter quem universi translatum est. Addit Cujacius; *Adeo ut potestas Principis & in ipsum Principem esset. l. 4. C. de LL.* Non si cui lectionem multam, acumen & perspicaciam in jure privato & sensibus locorum ambiguis eruendis, eidem quoque præcipuum in collectionibus rerum civilibus & juris publici judicium tribuimus; quod à me dictum, qui ita accepit, quasi in magni viri injuriam prolatum, si putat esse qui nunquam errare queant, male specimen ejus opinionis in errore manifesto elegit. Quid enim hoc par rationum; populus omne suum jus Principi dedit, Ergo hic *Legibus* tenetur, quia & ille iisdem tenetur? Cui non palam est, sic potius rationem esse ineundam; Populus omne suum jus Principi dedit, ille vero Legibus à se latis non tenebatur, Ergo nec Princeps? Alterum vero quis ferre potest; Princeps habet & accepit potestatem in se ipsum; quis unquam potestatem in se ipsum habet, quis se unquam ipse cogit, aut cogere potest? *l. pen. d. Recept. qui arbitr.* Non sunt equidem Principum actus quidam privati à publicis distincti in quibus obligatur ex consensu, quia videtur id egisse, ut membrum non ut caput civitatis; sed obligatio illa non potest habere vim coactivam quia nemo in civitate est, à quo cogi possit, Legis autem virtus de qua hic agitur, est, imperare, vetare, permittere, punire *l. 7. h. t.* quæ à principe in se ipsum exercita, non habent intellectum. Sed quomodo Cujacius Principem se ipsum legibus obligare, interpretetur, patet ex Lege, quam citat 4. *C. de Legibus.* quæ laudat observantiam Principis voluntariam Legum, de obligatione nihil. Egimus hac de re plenius in *lib. 1. de jur. Civit. sect. 3. c. 1. sub. fin.*

3. Adhuc intonat ratiocinando Cujacius. *Quod Dio Chrysostomus*, ait, Principem esse τῶν νόμων ἐπάνω, *supra Leges*; & idem fere Justinianus in *Nov. 105. eo tantum pertinet, ut intelligatur, penes Principem esse omnem potestatem ferendarum vel abrogandarum aut derogandarum Legum*, ut Augustinus in *epist. quadam*, ait. Ergone qui creat, qui mutat, qui tollit leges, ubi placuerit, hunc aliquis subjectum Legibus dicet, nec sibi contradicet? Qui subjectus est, eum habere oportet superiorem. Quis ille superior populo universo in civitate liberâ? Nunquid Lex? superiorem oportet esse personam; qualis Lex non est: Persona est nulla, superior omni populo: Princeps habet jus omne populi, ut fatetur Cujacius; Nihilo magis igitur habet superiorem: Proinde nec ulli subjectus est, personæ; Rei vero inanimatæ subjectus esse potest nemo.

4. Quod

4. Quod igitur Cujacius hæc Legis nostræ verba refert ad Leges Caducarias, argumento inscriptionis, quia locus hic est excerptus ex Ulpiani libris *ad L. Juliam & Papiam*, levissima conjectura est; nec enim ait Ulpianus, Princeps *his* Legibus est solutus; verum si maxime tantum de Caducariis legibus in opere unde excerptus est hic locus, egerit, patet specialem probationem petitam è loco generis, quo nihil usitatius. Pergit Cujacius: Quod Dio Cassius *lib.* 53. scribit de Principibus, *λέλυνται τῶν νόμων*, *soluti sunt legibus*, quod ex Latino transferre se dicit, *non de omnibus accipiendum est*. Imo de omnibus; sic enim *eodem libro* Dion, *ἐλεύθεροι ἀπὸ πάντων ἀναγκαίων νομίμων*, *Liberi sunt* principes, ab omni Lege necessariâ. Quænam est necessaria? Omnis quæ habet vim obligandi, *δύναμιν ἀναγκαστικήν*. Talis autem est quælibet Lex, cui vere Legis nomen tribui possit; Legis enim virtus est, Imperare, vetare, permittere, punire *l. 7. h. t.* Dion iterum, *οὐδενὶ γεγραμμένῳ ἐνέχονται*, *nullâ Lege scriptâ tenentur.*

5. Ex his etiam Donelli sententia de solennibus Legum, quibus principes soluti sunt, item ea quæ Martinus Schoockius in *tract. de Leg. Regiâ*, ex mente Cujacii & Donelli protulit, evertuntur. Quod autem Gotofredus captat ex *L. 23. d. Legat. 3.* ubi scriptum est, *Principem Legibus solutum videri*, satis frigidum videbitur illis, qui stylo veterum maximè Jurisctorum paululum sueti sunt. Quis enim nescit, prudentes veterum, hoc more, cum res maximè adfirmant, uti solere; dum ajunt, hæc constitutio locum habere *videtur* in *l. 31. d. Jurejur. & passim.* Quod magis est, Judices & arbitri in ferenda sententia hac voce utuntur, *si arbiter ita pronuntiasset, nihil videri Titium debere Sejo l. 21. §. 1. d. Recept. qui arbitr.* Judices, *si cognoverint, pronuntiare debent, servum illius non videri l. 27. §. 1. d. liber. caus.* Hinc illud frequens judicum, in quæstione cædis; *Iure cæsum videri.* Tac. 14. *Annal. c. 43.* Denique à Testibus, à quibus adfirmatio imprimis exigitur peremptoria, non nisi per *videtur*, *arbitror* & similia respondebatur. Nec dubitat Cicero in teste reprehendere, quod illud *verbum consideratissimum Romanæ consuetudinis* ARBITROR omisisset, *quo nos* etiam, pergit Cicero, *tunc utimur, cum ea dicimus jurati, quæ comperta habemus, quæ ipsi vidimus.* Orat. *pro M. Font.*

6. Sed jam qualibus principem Legibus solutum esse dicemus, & qualem principem? de *quibus*, primo; Civilibus sine dubio non tenetur, quoniam has ipse vel populus Romanus, qui in illum transtulit omne jus suum, tulit; easque tollere & abrogare potest. Sed etiam Naturalibus, Gentium & Divinis? Distinctè, res captiosa est. Obligatione Legum, quas ipse vel populus, à quo habet jus, non tulit, quas nec tollere potest, solutus esse nequit: Sed vi Legum executiva & cogente nullarum tenetur, quia non habet, à quo cogi possit; siquidem cogere superioris est vel paris duntaxat, quem non habuit Princeps, in quem populus omne suum jus transtulit. Qualem oporteat esse Principem comparari debet è conditione Principis Romani, in quem populus omne jus suum transtulit, inquam. Omnes igitur, qui simpliciter constituti sunt, ut nostrâ memoriâ factum est de Rege Daniæ, Legibus ita, ut dictum est, soluti sunt. Quibus vero imperium non integrum vel non solis delatum est, hi legibus tenentur, quibus eorum potestas limitatur; quod tantum fit ejusmodi Legibus, quæ diserte & directè de statu Rei-

publ.

publ. conceptæ sunt, quas vulgò *fundamentales* vocant; ne quis omnes Leges civiles Imperantium potestati derogare, adeoque statuta cujusque gentis propria deque rebus civium regundis & judicandis publicatas leges, ut fit, appellare velit fundamentales. Sed hac de re latius in *lib.* 1. *de Jure Civitat.* egimus & denuo, si Deus volet, acturi sumus.

7. Cujacius addit de jurejurando, quod Principes in Leges præstare solent; hoc eos multo arctius obstringere censet. Adversus Deum, rectè; sed hominum respectu jusjurandum nihil mutat. Nam vel datum est in Leges Imperii fundamentales, vel in alias publici privatique juris constitutiones. Prioribus tenetur omnimodo etiam vi coactiva Princeps, idque sine jurejurando non minus quam juratus, quia per has leges excepta sunt, in quibus non haberet jus summæ potestatis; ideoque hactenus esse videtur & est revera privatus. Si jusjurandum aliis legibus accesserit, tenetur quidem Princeps, ut tamen æquè teneretur è simplici promissione; nisi quod jam perjurii crimen erga Deum accedit. Quia tamen promissio circa res, quæ non spectant ipsum jus Summæ Potestatis, non facit ut desierit esse omnibus superior, apparet, vim coactivam super illis Legibus non sequi ex jurejurando; nihilo magis ad præcepta Juris Naturæ, Gentium, atque divina, quam diu perfectè tyrannidem non commisit, qua de re similiter in *d. Libro* I. *de Jure Civitatis* agendi locus fuit ac erit.

Ulpianus lib. XVI. ad Edictum.

Non ambigitur Senatum jus facere posse, *l.* 9. *h. t.*

1. Censura duplex. Prima; Non deesse ambigendi caulas jam *ad tit. de Orig. Jur.* demonstravimus. Imo tempore libertatis non esse ambigendum, quin Senatus jus facere non potuerit, approbatum est in *lib.* 1. *Digress. c.* 3. Sub Principatu cur multo minus id facere potuerit, proxime positio præcedens indicat. Nam si Princeps omne jus populi summamque potestatem habuerit, neque Senatui nec ulli in Republ. ordini jus condendi Leges adscribi potest; quæ causa fuit ut hunc locum anteriori loco positum in Corpore Juris, heic tamen sequi voluerimus. Responsio ad hanc objectionem occupata est ad *tit. præced.* Tiberius eumque sequuti Cæsares non continuarunt institutum Augusti, leges adhuc aliquando ad Populum ferendi, sed commodius instrumentum dominationis suæ crediderunt esse Senatum, per quem deinceps ea quæ vellent, frequenter publicari curarunt. Ita quæ ipsorum essent decreta & Imperia, tamen SenatusConsulta vocabantur. Mittebant epistolas aut orationes suas ad Senatum, vel ipsi illas recitabant, in quibus edisserebant quid constitui vellent; Idque SenatusConsulto comprehensum publici Juris fiebat. Hujus moris specimina sunt *in l.* 20. §. 6. *d. Hered. pet. l.* 6. *d. Rit. Nupt.* Sic igitur ex voluntate Principum SenatusConsulta valuerunt. Unde promiscue aliquando, tam SenatusCta quam Orationes Principum dicebantur, quemadmodum fit in *l. ult. ff.*

ad SC. Tertull. Suetonius in *Claudio* signatè. *Milites domos Senatorias salutandi causâ ingredi, etiam Patrum decreto prohibuit. cap.* 25.

2. Censura II. De SenatusConsultis hæc scripsit Ulpianus, Præfectus Prætorio Alexandri, qui fuit quartus in ordine Princeps â Septimio: *Atqui â Severi tempore SenatusConsulta non amplius videri Legis vim obtinuisse, certe nulla amplius de privato jure facta reperiri*, scribit D. Jacobus Perizonius, in *tract. de Prætor.* Ulpianum arguens erroris ita satis. Nam in libris ad Edictum de jure privato egit, quemadmodum juris publici disciplina Pandectis non continetur; Adeo ut hæc Ulpiani dicta nonnisi ad jus privatum referri possint, quo sane etiam pertinet SenatusConsultum Severi tempore factum in *l.* 1. *π. de Reb. eor. qui sub tut. vel cur.* quo cautum de rebus minorum sine decreto non alienandis. Idem aliud ipsius filii tempore Caracallæ *l.* 32. *D. de Donation. int. Vir. & Ux.* Quæ tamen æquè legum vim obtinuisse, quam quæ dudum facta fuerant, ex ipsis Legibus earumque expositione constat. Ulpianus igitur ipse responsionis idoneus auctor est ad censuram suæ narrationis; Senatum jus facere posse, dubium non est, auctoritate Principis. Hac de re latius egimus in *vindiciis libro singulari. de Prætorio.*

Modestinus lib. 1. Regular.

Ergo omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo l. 40. *h. t.*

1. Bachovius. *Insubtilis distinctio Juris*; quam censuram pluribus demonstrat, ad *τὸ περὶ hoc loco.* Plane, si Modestinus respexerit ad Rubricam trimembrem, *de Legibus Senatusque Consultis & longa Consuetudine*, quod ille supponit; verum quidem est, Legem, quæ est Sponsio civitatis *l.* 1. *h. t.* fecisse consensum. Sed necessitas, quam SCtis originem dedisse narrat Pomponius in *l.* 2. §. 9. *d. Orig. Jur.* nimis longe petita ac incerta neque plane vera est, ut ideo necessitas Jura SenatusConsultorum produxisse dicatur. Plura quæ Bachovius urget, non persequar; quia mihi commodius dictu videtur, Modestinum non spectasse ad Rubricam *hujus tit.* nunquam sibi visam; sed ad materiam Juris Civilis, quod vel ex *necessitate* rationis aut publicæ salutis, vel ex arbitraria utilitate, *consensu* sive conventione populi expresso; vel tacita ejusdem voluntate per usum sive *consuetudinem* introductum est. Hæc ita in omni Jure Civili & omnium scitis Gentium elucent. Sic Frisiæ Statuta nostræ, fecit aut aut *necessitas*, ut caput de Nuptiis, de Criminum pœnis aliaque; vel *Consensus*, ut sunt placita sive Edicta Ordinum, quæ aliter se habere possent; vel *Consuetudo*, quemadmodum illæ species inscriptionibus Sanctionum indicantur & distinguuntur. Idem ab omnibus Legum conditoribus institui satis est notum & usus luculenti.

Ulpia-

Ulpianus Lib. I. Institut.

Quod Principi placuit, Legis habet vigorem; Utpote, cum Lege Regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei & in eum omne suum imperium & potestatem conferat. l. 1. in pr. d. Const. Princ.

1. Ratio positionis hujus *falsi* à multis arguitur, qua de re *prolixe & ex professo egimus in lib. 1. Digress. à cap. 16. ad finem*, quò benevolum lectorem remittimus. Summa objectio est, nunquam esse latam Legem Regiam; qua de re librum scripsit integrum *Martinus Schoockius*, cujus rationes refellere conati sumus ordine justo. Volunt illi, quod de Lege Regia in hoc textu habetur, id esse falsò adscriptum Ulpiano à Compilatoribus Juris, adeoque esse ἐμβλήματα Triboniani; etsi non ita putaverit Wissenbachius noster, auctor emblematum locuples, qui hunc locum non retulit inter emblemata compilatorum, & rectè: Nam quicquid heic Ulpianus adserit, antea vidimus adsertum à Pomponio in *l. 2. §. 11 d. O. J.* item à Tacito, à Suetonio aliisque citatis in *d. l. Digress.* & in *Prælect. ad h. t.* excepto tamen nomine Legis *Regiæ*, quod esse posterioris originis arbitramur.

2. Præcipua difficultas est in facto rogationis, quam Vir summus Johan. Frideric. Gronovius *in oratione de Lege Regiâ* non minus quam cæteri, dum Legem ipsam adfirmare videtur, præterit ac negat; etsi absque rogatione Lex sit apud Veteres Romanos τῷ μὴ ὄντι *nihil & non ens*. Non possunt in animum inducere Viri docti, rogationem esse factam, de quâ nihil usquam scriptum reperitur. Enimvero nomen ejus qui Legem rogaverit, non memorari certum est; de facto rogationis dubitare non potest, qui à Senatu populoque Romano nihil potuisse dari cuiquam, nisi per SenatusConsultum & Legem, cogitet. Atqui dationem & concessionem Dion claris & signatis verbis exprimit in *libro* 53. ubi de Augusto id eum egisse, ne quicquam haberet ἄνευ δόσεως τινὸς *absque datione publicâ*. Item ejus potestas, quam vocat ἀνυπεύθυνον ἀρχὴν, *imperium nulli subjectum, à Senatu*, ait, *Populoque* ἐβεβαιώσαντο, *confirmata est*. De Claudio in *lib. 60. Summum Imperium* ἀνυπεύθυνον ἀρχὴν, αὐτῷ ἐψηφίσαντο, *per suffragia dederunt*. Respexisse Dionem ad Legem certam, pridem animadversum est è verbis Dionis *d. lib.* 53. λέλυνται τῶν νόμων, ὡς αὐτὰ τὰ λατινικὰ ῥήματα λέγει: *Soluti sunt Legibus, ut ipsa Latina verba sonant*, Legis videlicet eâ de re tum existentis. Lata Lex est, cum Augustus præ se ferret desiderium reddendi Rempubl. ut ab S. P. Q. Romano eliceret electionem voluntariam, ut olim Servius Tullius, quo tyrannidem in legitimum mutaret Imperium; modo tamen à Servio diverso, Nam is electionem bona fide petiit, Augustus potestatem deponere velle videri voluit: quo tempore, Senatus & Populus ingenti impetu ac vociferatione in contrarium adnixi, quasi coegerunt illum retinere summam potestatem. In quo strepitu & concursu omnium ordinum, Lex sine dubio per tumultum rogata, raptim perlata fuit. Unde quis Legem nominatim tulerit, quasi ab omnibus factum esset, minus ad memoriam consignatum videtur. Lex æterna postea lata,

qua populus Romanus Decrevit Imperatorem suum esse debere, qui à Germanis electus esset Rex, Othonis III. tempore lata est. Verum Ipsa lex & circumstantiæ rogationis vel constitutionis non extant; ideo tamen res non minus habet certitudinis; neque legem ipse Pontifex latam esse negat, eo quod auctor ejus & verba non extant. De Sylla qui æque per vim dominationem invasit ac Augustus, quis legerat, ei datum esse, per Legem, jus faciendi quodcunque vellet in Republ.? Nisi uno loco id esset à Cicerone scriptum *in Orat.*, nemo id unquam *factum* fuisse crederet. Nomen equidem Legis *Regiæ* nonnisi sub Antoninis Cæsaribus ortum, ego quidem existimo. Quâ de re & de cæteris ad hanc illustrem controversiam spectantibus erat latissimus exspatianda campus. Sed ego me ipsum non magis sustineo describere quam alios; Ergo dabit Lector veniam remissionis ad locum communem in *d. lib. 1. Digress. & ad Prælect. h. t.*

3. De translatione juris à populo in Cæsarem, per quam hic neque minus neque plus juris adeptus est, quam populus universus habuerat, longi rursus logi forent, tam de veritate facti quam de jure, cum his, qui populum semper & necessario Rectoribus suis volunt esse Superiorem; qui sine dubio hanc translationem Juris universi à populo in Cæsares factam nobis inculcabunt esse Mandatum procuratorium; cum iis etiam, qui negant, constitutionem Aristocratiæ vel monarchiæ simplicitar factam præstare eandem optimatibus & Principibus potestatem, quam populus universus aut pars ejus major in singulis actibus habuit; quam ad rem noster hic textus admodum probandam, idoneus est. Sed & hæc adeo late presseque in *libro I. de Jure Civit. & Dissert. de Imperio* acta & transacta sunt, ut heic quidem illis sine tædio diutius immorari licere non puremus. Verba quibus in hac *L. 1.* & Justinianus in *§. Sed & quod principi I. de Jur. Nat. G. & C.* utitur; populus *ei & in eum* omne suum imperium transtulit, quidam probabiliter conjiciunt è SenatusConsulto & Lege fuisse petita; quatenus non male sapiunt genium styli curialis antiqui, gaudentis circuitu verborum & reduplicationibus.

Ex eâdem L. 1. §. 1.

Quodcunque igitur Imperator per epistolam & subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel Edicto *præcepit, Legem esse constat. Hæc sunt quæ vulgo Constitutiones appellamus.*

1. Probo, id esse deforme, nec utile publico, neque Justitiæ sanctitati conveniens, aut decorum, ut omnia Principum acta, dicta omnesque subscriptiones & interlocutiones vim Legis habeant. Potest obreptum esse Principi calliditate partium, imprudentiâ suâ & affectibus. Lex est commune præceptum, Virorum Prudentium Consultum, ne cum Demosthene dicam, εὕρημα καὶ δῶρον Θεοῦ, *Inventio donumque Dei*; quæ magnifica prædicata cunctis Epistolis, subscriptionibus, sententiis & interlocutionibus Principum haud quaquam benè conveniunt. Longe sapientius Imperatores Theodosius & Valentinianus *præcipiunt, ne tales suæ pronuntiationes sint jura generalia, sed Leges faciant his dum-*

duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata l. 2. C. de Legib. Sola Edicta & SenatusConsulta ad orationes Principum condita vim legis habere volunt, *interlocutionibus, quas Impp. in uno negotio judicantes protulerint, non in commune præjudicantibus; nisi expresse contineant, quod Principes censuerint ea, quæ in certis negotiis statuta sint, similium quoque causarum fata componere. l. 3. eod. tit.*

2. Res ipsa loquitur, quicquid alii contradicant, non posse neque debere verba Ulpiani in *l. 1. §. 1. h. t.* aliter accipi, quam sub hac limitatione; *si Princeps addiderit sententiis atque expresserit, ut hoc quod modo statuit, generaliter in similibus causis obtineat.* Tunc enim fas est præsumi, Principem nonnisi gravi deliberatoque judicio sententiam pronuntiasse, momentumque decisionis ejusmodi esse, quod pro jure perpetuo non immerito observetur. Idque fit etiam in Supremis aliquando Curiis, ut certa judicata concipiantur hoc animo, ut posthac idem in similibus observetur; cum alioqui res judicatæ nullo modo sint leges. Quapropter & hic locus oportet accipiatur, sub illa restrictione, quo hanc informitatem à Jure nostro amoliamur. Etsi graviter obstat Lex *ult. C. d. tit. de Legibus*, sed quam sine eadem limitatione non esse accipiendam arbitramur. Idque nec ejus verba penitus recusare, videbimus, ubi illuc, si contingat eo nos eniti, operam perduxerimus.

Javolenus epistolarum libro XIII.

Beneficium Imperatoris, quod à divinâ scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissimè interpretari debemus. l. 3. d. Const. Princip.

1. Censura Wissembachii. *Excusari utcunque possent ethnici, qui istiusmodi titulis supparasitari gestiunt Principibus. At Christianos ita de Principibus, ita de se loqui quis ferat! comment. ad h. t.* ubi & alia id genus loca Juris nostri adducuntur. Idem à multis aliis observatum, etiam à Carolo Magno, qui in libro adversus Synodum Græcorum, de cultu imaginum scripto, *lib. 1. c. 3.* ejusdem adulationis episcopos insimulat. Priscæ *gentilitatis obsoletus error,* Christi *adventu repulsus,* inquit, *quoddam cernitur in his reliquisse vestigium, qui se fidei & religionis Christianæ jactant retinere fastigium, qui & intra Ecclesiam novas & ineptas constitutiones audaciter statuere adfectant, & se Divos suaque gesta Divalia gentiliter nuncupare non formidant.*

2. Hanc nos Censuram tanti Principis auctoritate subnixam excusatione magis quam defensione prosequemur; quod à recepto illorum temporum loquendi more JurisConsultis sine periculo recedere non licuerit. Parabam addere, Principes & Sacerdotes etiam in sacris literis nomine Deorum esse demonstratos, ideoque nunc, idem non omnino esse nefas. Sed vetat hoc uti medio respondendi Carolus Magnus in verbis modo recitatis, adfirmans illum usum *adventu Christi esse repulsum,* in quo consentientes habet Theologos recentiores, qui tradere dicuntur, istum loquendi modum & honoris fastigium antiqui Fœderis œconomiæ fuisse peculiarem, quod mihi non penitus sedet. Carolus Magnus ad λαν̓χίαμs genti-

gentilem inter Deos referendi Cæsares, spectat, non ad modum loquendi in sacris literis usitatum, nec ad differentiam veteris & novi Testamenti, quæ nuper hac parte prædicari cœpit. Οἱ λεγόμενοι Θεοὶ Dii nominati apud Paulum 1. *Corint.* 8: 5. non ad œconomiam veterem, sed magis ad comparationem summi atque veri Dei cum τοῖς λεγομένοις, qui nomen illud usurpabant, ut tunc res erat cum Paulus scriberet, evidenter spectat.

Hermogenianus lib. 1. Jur. epitomar.

Cum igitur hominum causâ omne Jus constitutum sit, primo de personarum STATU, ac post de cæteris, ordinem Edicti perpetui secuti, & hu proximos atque conjunctos applicantes titulos, ut res patitur, dicemus. l. 2 d. Stat. hom.

1. D. Anton. Matthæus *Disp.* 2. *fund. jur. n.* 88. Tertius, inquit, *Juris Nævus; Jus personarum collocatur tantum in personarum STATU. Et obligatio ad secundum objectum refertur. Male, primum objectum in duobus consistit, in Statu & in obligatione, l.* 3. *ff. de O. & A.*

Hæc est methodi Quæstio, quam primus contra Justinianum, quod ego meminerim, decidit *Hermannus Vultejus.* Hunc sequutus est auditor ejus nobilis *Antonius Matthæus,* nominis ejus primus. Et hunc iterum fidelis nec usquam facile digressus ab ejus sententiis discipulus, quo nos Præceptore gloriamur, *Wissembachius:* qui nobis ingente laterum nisu, ut maximi rem momenti & certissimæ veritatis inculcabat, nullo modo faciendum esse, ut primum Juris objectum in solo Statu Personæ constitueretur & Obligatio ad secundum, quod est de rebus, objectum referretur.

2. Ego semper ut rem levissimam, ita, quæ Justiniano tanti operis auctori exprobretur, indignam existimavi. Quid est liquidius, quam, ut id quod in rerum divisionibus continetur, æquè in tractatu de rebus comprehendatur? Quippe rerum de quibus agitur, terminos partitionibus metiri solemus, nec aliter possumus ex Lege methodi necessaria. Sed Obligatio refertur & referri debet ad rerum divisiones & quidem è tribus ad duas. Nam res sunt vel corporales vel incorporales, utræque ad tractatum de rebus pertinent. Incorporalium autem rerum non aliud notius & celebrius exemplum, quam est obligatio, datur *in tit. Inst. de reb. corpor. & incorp.* Altera divisio rerum est, quod sint in patrimonio vel extra patrimonium, sive in bonis vel extra bona. Obligationes sunt in patrimonio & in bonis faciuntque nos locupletiores l. 49. *d. Verb. signif.* etsi aliquando patrimonii vox, ut JurisCti ludunt in terminis, angustius accipitur, quomodo in *l.* 9. *Rempup. salv. for.* scriptum est his verbis; *non solum, quæ in Patrimonio habet, sed etiam quæ in nominibus sunt.* Pergit Wissembachius *ad Inst. de oblig. n.* 3. Huic, inquit, Ulpiani responsum convenit in *l. bonorum* 49. *d. V. S.* ubi quod in actionibus est separatur à rebus, quæ dominii nostri sunt. Ergo patrimonium & dominium res eædem sunt. Id vero aliter demonstravimus in prælect. *ad pr. tit. Inst. de R. divis.* & patet secus ex *l.* 52. *d. A. R. D.* Planè igitur nihil est verius & civilius, quam ordo quem JurisCti sequuntur, quod, in objecto sive capite

Juris

Juris primo agunt de Statu; qui non spectat ad patrimonium; in secundo de hoc ipso & de his quæ nos faciunt locupletiores; inter quæ vel principem tenet locum Obligatio.

3. Quid autem est in *l.* 3. *in pr. d. Obl. & Act.* quem unice laudant Viri subtilissimi opinionis suæ fundum? *Obligationis substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.* Docet obligationem non esse actum quo res nostra fit sine medio, sed esse jus personam obstringens, ut rem nostram faciat; hoc sane est personale, quis neget? Si nullo alio latere obligatio conspiceretur, esset quod illis ignosceremus. Sed quid hoc, quod obligatio venditur, in solutum datur, donatur, oppignoratur *l.* 4. *d. Hered. vel. act. vend. l.* 1. *C. de O. & A.* Quid magis est reale? Wissembachius excipit; vim & substantiam obligationis separandam esse ab ejus effectu. Imo, inquam, civilium rerum substantia maximè æstimatur ab effectis. Quid opus est actum primum, qui est omnium tenuissimus, duntaxat intueri, oculos ab actu secundo, qui rem præcipue demonstrat, avertere? Præter quod hoc ipsum personale, quod in nativitate obligationis intelligitur, usum & finem suum habet in rebus; Id enim agitur ut persona dominium alteri præstet. Ideoque Interpretes obligationem non male ad hunc sensum, vocant *jus ad rem* comparatum. Obligationes ad hoc sunt repertæ, ut unusquisque res acquirat *l.* 38. §. 17. *d. V. O.* §. 9. *I. de Inutil. stipul.* Plane quominus Ususfructus magis sit personalis quam est Obligatio, nihil proferri potest, quia personam adficit, in personam dirigitur, & cum persona extinguitur. Obligatio si adficiat personam, in rem tamen dirigitur, neque cum persona existinguitur, sed à personâ alienari potest actibus inter vivos & successione testati ac intestati. Nec tamen usumfructum quisquam adhuc, quod sciam, ad secundum Juris objectum pertinere negavit, aut ad primum referri debuisse contendit. Acquiescamus igitur bonis avibus, in ordine, quem & Justinianus & Hermogenianus & reliqui meliores sane Jurisperiti, quam nos sumus, approbarunt & laudaverunt. Etiam Hadrianus Imperatorum & Julianus ICtorum doctissimus in Edicto perpetuo sic instituerunt, ut Hermogenianus heic loci testatur. Quos omnes ἀμαθίας & ignoratæ Artis suæ arguere tam levi argumento, parum convenit gravitati JurisCtorum. Plane, dialecticis hæc res argutiis in speciem subtilitatis agitari, solidis doctrinæ Civilis rationibus evinci non potest. Vide sis D. Wissembach Disp. ad *tit. Inst. de Oblig. & nostras eodem loco Prælectiones.*

Florentinus *lib.* 9. *Inst.*

Servitus est Constitutio Juris Gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur l. 4. §. 1 *d. Stat. hom.*

1. Primum censuræ argumentum adversus universum servitutis institutum, quod Christianis recentioribus inusitatum, Hebræis legitimum, veteribus Christianis non improbatum esse constat, ad textum sequentem reservamus. In antecessum id obiter collocabimus. Sive ex bello servitus oriatur ut plerumque fa-

ctum

ctum eam non esse injustam in occidi meritos; sive ex conventione, non esse contra jus naturæ, ut pro nummis ac alimentis operæ debeantur etsi perpetuæ; quâ de re vide sis Grot. in *lib.2.c.5.n.25.* & quæ *mox* & paulo *inferius*. Porrò Bachovius aliique ringuntur in hanc Servitutis definitionem & Grotius aliam habet, quando servum definit, qui perpetuas operas prò alimentis debet *I.5.27.* Quomodo Juris Gentium esse queat Servitus & tamen contra naturam, arguitur, cum Jus Gentium sit, quod naturalis ratio constituit, ut Justinianus scribit in §. *jus autem I. de Jur. Nat. G. & C.?* Philosophus objicitur, qui servitutem esse Naturalem docet; *ἐπὶ τὸ ἢ φύσει δεσπότην in lib.1. Polit.c.3.* Et in *capite sequ.* bellum docet esse *φύσει δίκαιον*, *Natura justum*, adversus eos, qui *πεφυκότες ἄρχεσθαι μὴ θέλωσι*, *facti à naturâ ad serviendum parere nolunt.*

2. Hæc etsi concessa, non evertunt tamen Florentini definitionem: Nec enim is de Jure Naturæ proprie dicto, quo causa servitutis justa dari queat, agit, neque rationi rectæ vel bonis moribus illam adversari statuit; verba ejus hoc solummodo inferunt, quod Servitus *invaserit* statum generis humani, cum jure naturali omnes liberi nascerentur, ut est in *l.4.d.Just.&Jur.* Contra hoc Jus Naturæ, id est, contra statum Naturæ primævum, non contra Jus Naturæ, quod est dictamen rectæ rationis, vult esse Servitutem Florentinus, quod nemo negat esse merito & sine vitio dictum. Grotii definitione quominus utendum sit; & quomodo Aristoteles cum bello suo naturâ justo intelligi possit, exposuimus in *lib.2. Digress.c.2.* Plane servitutem dari naturalem, id est, homines ad parendum potius & serviendum, quam ad usum Libertatis aptos natos Aristoteli concedendum esse, docet omnium experientia seculorum. Adde Bernegger. *ad Tac. Germ. quæst.250.*

Marcianus lib. IX. Instit.

Servi in dominium nostrum rediguntur aut Jure Civili, aut Gentium. Jure Civili, si quis se major viginti annis, ad pretium participandum, venire passus est l.5. §.1.d.Stat.Hom.

1. Hanc Legem Imperator Leo Philosophus unam ait ex iis esse, quæ Imperium Romanum dedecent ac approbatione indignæ sint. Ideo illam se corpori Legum abstractam in exilium mittere declarat, & ejusmodi contractum jubet esse nullum, libertatis autem suæ proditorem & eum qui cum illo id facinus designavit, verberibus castigari jubet; libertate nihilominus isti mancipio vesaniæ, qui execrabile pro servitute lucrum participat eamque mercatur, integrâ, licet invito, servatâ. *Nov.suâ 59.* Alius apud Gotofredum miratur in *not. ad h.l.* Veteres restitutionem in integrum saltem non indulsisse hujusmodi venditoribus sui, puta minoribus XXV annis: cum in aliis rebus tam facile restitutio illis concedatur; eo magis quod infinita sit libertatis æstimatio & infamia inde genti familiæque eorum inuratur *l.1. in pr. d. liber. caus.*

3. Censura Leonis nititur detestatione servitutis. Nam si hanc consideremus ut non inutile generis humani institutum, ab alio latere conspici posset illa vetus

tus consuetudo, quâ si quis semetipsum venundedisset, vere valideque servus fiebat. De ipsa servitute si retenta fuisset, ego ita existimo, Busbequium in *epistolis rerum Turcicarum*, bene rationem putare; quando res humanas nihilò sedeterius, imo forte an aliquanto melius habituras fuisse conjicit, si mansisset institutum, quod fæcem humani generis, potestate dominorum & utili occupatione coercebat; quæ nunc aut mendicitate, veteribus tantum non incognitâ, civitates & agros furibus; & desertoribus militiam, & procaciâ indomitâ familias implet. Nec minima è causis, multo quam fuit olim minoris in Europâ numeri hominum, esse videtur, quod pars facile mortalium major diffluit in vagum & in nihilum, quæ olim operis & prolibus creandis domesticâ disciplinâ adhiberi solebat. Quâ re fiebat, ut quemadmodum agricolæ fœturis animalium rem suam augent, ita olim per servos id tanto luculentius factum sit, quanto è servis longe plus utilitatis quam ex animantibus percipi potest, qua de re multa Busbequius *epist*. 3. Nec eò non pertinet, quod Athenæus *lib. 6. Deipnos. c.* 18. refert, ὥστε εὐδαιμονῆσαι τὴν Κορινθίων πόλιν, ὡς κτήσασθαι δούλων μυριάδας ἓξ καὶ τεσσαράκοντα; *Adeo quondam floruisse unam Corinthiorum civitatem, ut servorum sex & quadraginta myriadas contineret*, id est, *quadringinta sexaginta servilium millia capitum*; nihil castigante Casaubono, qui reprehendit *in notis* Dalecampium, emendationis causâ; quod in Athenæo narrante, Mnasonam Phocensem habuisse mille servos, pro *mille* legerat *centum*. Quin etiam Athenæus, Romanos cives fuisse narrat, qui decem, xx & plura millia servorum habuerint. Prætextu Pietatis & charitatis abolitum est hoc institutum inde ab eo tempore, quo vera pietas & charitas in imitamenta pudenda degeneravit.

3. Libertatem esse rem unam ex omnibus humanis præstantissimam, nemo negat; sed esse mortales, qui melius alieno quam suo sub imperio agant, sibique & aliis ita sint utiliores, non minus hodierna quàm vetus experientia docet & sententiam Aristotelis de servitute naturali adfirmat luculenter. Multa quidem de sævitiâ dominorum haud de nihilo memorantur, qualis Umbriciæ matronæ sævitia apud Ulpianum *in fin. L. 2. h. t.* quæ levissimis causis ancillas atrocissimè tractabat, ideo in quinquennium ab Adriano relegata: Nec enim illa durities fuit supra remedia, quibus si ad modicam coercitionem qualis est Patrum, ut novis Legibus factum, potestas herilis restringatur, quod superest, incommoda libertatis sui impotentis minimè adæquet. Loquor de Servitute, qualis apud civiliores populos in usu fuit: Nec enim exempla barbarorum vel quæ nunc ab Africa in Americam fiunt hominum commercia velim mihi quisquam objiciat. Sed facile patior, hodiernæ militiæ terrestris & navalis Indicæ inprimis miserias cum οἰκετῶν, domesticorum apud veteres conditione servorum conferri; ni longe indignior sit horum status miseriæ, quam illorum apud Græcos & Romanos habita, aberret ratio. Exempla conductionum, quibus omni die mancipia vesaniæ, ut cum Leone loquar, modico ære repræsentato, sine discrimine justi & impii belli, sine affectu erga patriam & Ecclesiam, centurionibus se vendunt, ad mala quæ dein δυσχεραί-νοντες narrant, quovis servitio graviora perpetienda, si quis perpendat, desinet mirari apud Veteres extitisse, qui τῶν ὅλων ἀμηχανήσαντες, omnium egeni rerum neque victum exercere suum periti, se ipsos quibus vellent Patribus-familiarum

G vende-

venderent. Ad militiam talis fæx non corrogabatur; mendici, vagabundi à servorum venatoribus arbripiebantur, quâ de re posthac: non poterant melius consulere, quam se tradere in heri à se delecti servitutem. Quod nec à Jure Hebraico alienum esse, mos configendi voluntarios servos auriculis in postibus ædium à Mose traditus indicat.

4. Concedimus Leoni, quicquid in contemptum ejusmodi hominum collocat in sua constitutione. Sed positâ servitute in genere suo non inutilis instituti & æquitate obligationis, ut pro alimentis operæ & obsequia in ordine familiæ necessaria præstentur, ego non video, quare non indigni libertate fuerint, qui se impares ei ferendæ sentiebant & demonstrabant. Quod ad restitutionem in integrum attinet, quam Gotofredus vel auctor ejus miratur, heic non fuisse adhibitam, mirari desinat, si cogitet, „Restitutionem negotiis, in quibus vertitur ratio pecuniaria, applicari, non iis quæ ad Statum pertinent *l.* 9. §. *pen. & ult. d. Minor. l.* 7. *inf. pr. d. dol. mal.* In his si effectu acta careant, via nullitatis aut imploratio extraordinaria locum habeat. Quin ipsa æquitas, quæ restitutionis usum introduxit in servis ejusmodi voluntariis evanescet, ubi requisita hujus venditionis sui ipsius, considerentur: Non valet illa, si non sui Juris, nec ingenuitatis suæ vere gnarus fuerit venditor *l.* 2. *Si lib. ingen. esse dic.* Item, si emptor ab illo deceptus sit; nam si is sciverit hominis conditionem, quod ingenuus esset, non valebat contractus *l.* 7. §. 2. *d. liber. caus.* Requiritur adhuc, ne Venditor sui, deceptus sit à mangone, qui ipsum pro Servo vendit, sed ut vere pactum pretium acceperit *l.* 1. *Quibus ad lib. proclam. non lic.* Horum concursus requisitorum facit ex illâ venditione sui ipsius, veri delicti speciem. Quâ causa cessare minoris ætatis restitutionem ordinarii juris est *l.* 37. §. 1. *d. Minor.* Hoc igitur expeditum videtur. Cæterum Leonis constitutionibus etsi adversus Justinianum non utimur, earum tamen in hoc tractatu quo de argumentis Censuræ contra & extra jus petitæ agitur, non est levis auctoritas. Denique nos ut rationes Leonis ipsamque Legem novam non reprehendimus, sectâ temporum paulatim ad abolitionem servitutis inclinante, ita Jus vetus, servitute adhuc in moderato vigore durante, posse defendi arbitramur acita sentit Grotius *lib.* 2. *de Jur. B. & P. c.* 5. *n.* 27. *& seqq.*

Paulus Lib. IV. sent.

Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti, si mulier monstrosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus: & ideo inter liberos connumerabitur. L. 14. *d. Statu hom.*

1. Hunc locum à Triboniano interprolatum esse cur D. Wissembachius in *Emblem. ad h. t.* putet, ego non intelligo. Ait illum inflexisse verba *hujus L.* ad novam Justiniani Constitutionem in *l.* 2. *C. de jur. lib.* quod nihilo magis intelligo. Nam ibi Cæsar jus succedendi liberis ab intestato. Matri quo ex SCto Tertulliano non gaudebat, nisi jus trium liberorum haberet *l.* 2. *d. SC. Tertull.* tribuit

tribuit indistincte, nullos etiam habenti liberos. Quid in *hac L.* desumptum ex illa Constitutione reperitur? De Conciliatione *h. l.* 14. cum *l.* 135. *d. V. S.* vid. Cujac. in *sent. Paul. l.* 4. *&* 9. *& Wissenbach. ibid.*

Tryphoninus *lib.* x. *Disput.*

Arescusa si tres pepererit, libera esse testamento jussa, primo partu unum, secundo tres peperit. Quaesitum est, an & quis eorum liber esset. Haec conditio libertati adposita jam implenda mulieri est. sed non dubitari debet, quin ultimus liber nascatur. Nec enim natura permisit simul uno impetu duos infantes de utero matris excedere: ut ordine incerto nascentium non appareat, uter in servitute, libertateve nascatur. Incipiente igitur partu existens conditio efficit, ut ex libera edatur, quod postea nascitur. veluti si quaelibet alia conditio libertati mulieris adposita, parturiente ea, existat: vel manumissa sub hac conditione, si decem milia haeredi Titiove dederit, eo momento, quo parit; per alium impleverit conditionem: jam liberam peperisse credenda est.

1. Hunc locum à Triboniano corruptum & à ratione alienum esse contendit Anton. Faber *lib.* 20. *Conject. c.* 1. Errores enim si qui sint, hos Justiniani ministris unice, non veteribus adscribit; Contra JurisConsultos, inquit, disputare nec possem neque deberem: contra Tribonianum agere non pudet: Quà in re ἐν ὀρθῷ ἐρῶ. Quid enim; An veteres errare non potuerunt? An minus probabile est, Hos aliquando falsum praetulisse vero quam Tribonianum toties errasse pueriliter, quem professi ipsius inimici Procopius & Suidas virum sine controversia sui temporis doctissimum esse praedicant? Adspersisse eum quandoque veterum excerptis dicta quaedam ex Jure novo, nunquam negavimus, saepe fassi sumus & fatebimur. Corrupisse eum sine tali causa, sine ulla quae constare queat, occasione bene scripta à Jurisconsultis, subornasse eum integra loca & finxisse veterum titulis, absonum, incredibile est. Scripta Tryphonini, Ulpiani, Caji, Pauli, Papinani & reliquorum in omnium manibus versabantur, cum ipse Pandectas ederet. His impositurum se vel non potius seculi sui ludibrium se futurum praevidit, ejusmodi impudentibus non dicam emblematis, sed augmentis & commissionibus scenicis atque larvatis. In hoc cum illo conspirasse Antecessores à Justiniano illi adjunctos, homines toto Imperii orbe jurisprudentissimos. Meliori jure Bachovius impudentiam Fabri insignem ad *hunc locum* arguit, qui totam hanc legem, pauculis exceptis, Triboniano adscribat. Nec tamen rationes ejus attingit, quod à nobis instituti ratio flagitat. Ait Faber Triboniani commentum detegi ex eo quod Deus voluerit, ut de Tryphonini verbis in textu reliquerit; *Conditionem*, si tres pariat, *incipiente partu existere*. Atqui partus incipit, cum primus è tergeminis editur in lucem, unicum esse partum trigeminorum: quia simul concepti sunt: hoc etiam probari e *pr. h. l.* ubi *primo partu unum, secundo tres*. Proinde non ultimum, sed omnes esse liberos natos, quia conditio *si tres pariat* incipiente partu impletur. In hoc tota Fabri disputatio consumitur. Sed qui rem populariter, ut est Ars Juris,

expendit, non potest ignorare, partum gemellorum aut trigeminorum accipi; vel de toto puerperio, vel de singulis infantibus, utroque sensu propriò & usitato. Quid enim? Nonne primogenitus dicitur, qui de trigeminis primus in lucem est editus, in sacris & profanis, omniumque temporum usu? ut etiam, qui primus brachium extulerat, posterior tamen prodierat, secundo genitus fuerit, Jacobus. Nonne duo partus, ubi duplex geniture tempus & jus intelligitur, appellandi sunt? Est illa subtilitas Fabri nimia & calumniosa, major aliquanto est ea, quam in ultima legis particula exercet; de quâ imperare mihi non possum, ut latius agam & cavilla serio persequar.

Ulpianus lib. VI. Disputationum.

Idem erit si eadem Arescusa primò duo pepererat, postea geminos ediderat. Dicendum est enim, non posse dici utrumque ingenuum nasci, sed eum qui Posterior nascitur. Quæstio ergo facti potius est, non juris.

1. Non contentus fuit, ut placet Fabro; Tribonianus, adfingendo legem præcedentem Tryphonino, nisi & Ulpiano totam hanc *l.* 16. ejusdem cum priore sententiæ appingeret. Cui bono Cassi? Nullo, quam ostentandæ inscitiæ & vesaniæ, si rationes acutissimi Censoris nostri sequimur. Attamen si quis initialia *hujus l.* 16. verba putet esse Triboniani, ut hanc *L. cum* Præcedente connecteret, non admodum relucter. Etsi nec impossibile sit, ut Ulpianus eandem in suis disputationibus facti speciem tractaverit. Arguit etiam Faber hæc ut inelegantia, *si primo duos pepererat, postea geminos ediderat.* Hæc etiam, *dicendum est enim non posse dici.* Hæc ille monstrata putat explosum iri à Lectore; qui lectione Pandectarum exercitus, nequaquam illis movebitur. Nec etiam ultima, *facti potius non juris*, pro quam juris. Quam non semper ejusmodi analogiæ minutias curent Jurisconsulti, exemplis probare longum fit. Nisi quod de re ipsa Faber negat, hanc esse facti, totam Juris esse Quæstionem, fortius stringat. Atqui in trigeminorum partu quam facile evenire possit, ut quis Primus in lucem prodierit, ex post facto dubitetur, usus & res ipsa docet abunde. Multa Faber de conditione, quæ impletur & est impleta, disputat in irritum & immensum: siquidem & hic conditionem requiri impletam, ut voluntas ab ea suspensa effectum habeat, diserte scriptum est, ut alias semper *l.* 44. §. *ult. d. C.* & *D. l.* 63. §. *si sub conditione Ad SC. Trebell.* Neque ut hoc suum nimis subtile discrimen stabiliret, operæ pretium fuit, duorum textuum obtrudere subornationem.

Ulpia-

Ulpianus libr. XXII. ad Edictum.

In orbe Romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini, Cives Romani effecti sunt. l. 17. d. Stat. hom.

1. Quænam hæc fuit enormitas & confusio & projectio dignitatis atque majestatis Populi Romani, quem olim ne cum Latinis ac Italis, duntaxat ex parte, Civitatem communicarent, non piguit sævissima bella & incommoda gravissima perpeti? Quantæ fuerit invidiæ Cæsari, Antonio & aliis, quod dein ad plerosque Cisalpinos & Siculos civitatis jura produxerunt, è Suetonio, Cicerone aliisque notum est; quanta denique religione & sollicitudine Trajanus, quem statim sequuti sunt Antonini (quorum unus hujus auctor novitatis est) in civitate non integris nationibus, verum singulis hominibus largiendâ versatus sit, liber decimus epistolarum Plinii passim loquitur. At heic Antoninus immani dissolutione cives facit omnes, qui sunt in orbe Romano. Proinde servos etiam & libertinos? at hoc quidem palam falsum est, siquidem servi multis adhuc seculis à Civitatis Jure separati fuerunt, & libertini quoque in veteri discrimine Civium, Latinorum & dedititiorum manserunt, ut de servis quidem *passim*, de libertinis ex *Nov. 78. c. 5. & l. un. C. de Latin. libert. toll.* liquet.

2. Hæc ratio procul dubio adduxit editores antiquos Pandectarum, ut hujus loci lectionem ita vulgaverint, *in Urbe Romanâ* pro, *in orbe Romano, qui sunt*, argumento ejus, quod Suetonius in *Cæsare* narrat, eum omnes medicinam Romæ professos & liberalium artium Doctores, quo libentius & ipsi Urbem incolerent & cæteri appeterent, Civitate donasse; quod ab Antoninis crediderunt ad omnes Romæ commorantes fuisse productum. Sed viris doctis à Florentina lectione meritò non videtur recedendum. Sane hæc locutio, in *orbe Romano*, quæ offendit Accursianos, notior est, quam ut probanda sit; Non tantum eo sensu, quo Romani de Imperio suo frequenter ut de genere humano loquuntur, sed etiam ut orbis pro regione sumitur majore & diffusa; *Ignotum vobis Arabes venistis in Orbem*, apud Virgilium. Etiam pro magna hominum multitudine, Ovid. de *Arte amand.*

Nempe ab utroque mari juvenes, ab utroque puellæ
Venêre, atque ingens orbis in urbe fuit.

Quam locutionem Galli imitantur hodierni in voce *mundi*. Et ex Antonini mente non minus rectè dixeris, *Orbis in urbe fuit*; quam quod è *Rutilii Itinerario* huc ab aliis accommodatur.

Urbem fecisti, quod prius Orbis erat.

3. Responsio igitur petenda, non à crisi lectionis, sed à re ipsâ. Magna vis est temporis; quod olim insolens & grave visum, paulatim æquum & utile videri & reperiri solet. Ita Claudius Imperator in oratione luculenta apud Tacitum *l. XI. Annal. c. 23.* in hac ipsa de Jure Civitatis controversiâ demonstrat. *Omnia, Patres*

Conscripti, quæ nunc vetustissima creduntur, nova fuere; Plebeji Magistratus post patricios, Latini post plebejos, cæterarum Italiæ gentium post Latinos. Inveterascet hoc quoque, & quod hodie exemplis tuemur, inter exempla erit. De honoribus loquitur, quorum jus à Civitate pendebat; etsi verum est, non omnes, qui jus Civitatis habuerunt, honorum fuisse capaces. Quo pertinet, quod Tacitus ibidem refert Primores Galliæ comatæ fœdus & civitatem Romanam pridem adsecutos deinde jus adipiscendorum in urbe honorum expetiisse, quod & impetrarunt. Tandem ad Provinciam transalpinam aliosque Gallos, initio ab Æduis facto jus civitatis productum est, apud Tacitum *d. lib.* XI. *c.* 25. Paulatim ad tot alias nationes, ut postremo contumeliæ loco haberetur, non esse Civem Romanum. Unde per partes evenit, ut necesse fuerit, hoc jus facere universale. Loquimur autem de ingenuis; ad quos hanc constitutionem solos pertinere pro certo habendum; non ad libertinos, de quibus ἀγχίνοια Trajani apud Plinium; multò minus ad servos.

4. Cæterum, ut hujus immensæ mutationis alibi vix ulla fit mentio nec ipsa Lex αὐθεντικῶς usquam extat, ita videndum ne dubitare non liceat, an res ita se habeat, ut heic tribus verbis commemoratur. Quid enim? Connubium habent Cives Romani *cum civibus Romanis; cum Latinis autem & peregrinis ita si concessum sit*, verba sunt Ulpiani, qui sub & post Antoninos floruit, *fragm. tit.* 5. §. 3. Mox *n.* 8. *Ex Cive Romano & Latinâ Latinus nascitur.* Adde, quod mancipatio, præcipua commercii species eodem tempore locum habuit inter *Cives Romanos & Latinos Colonarios Latinosque Junianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est*, id est, *emendi vendendique commune jus*, ut idem scribit *tit.* 19. §. 3. *c.* 4. Testamenti quoque jus proprium fuit & mansit Civium Romanorum, ut docet *tit.* 20. & omne jus patriæ potestatis, Gajo teste, qui fuit ejusdem ævi cum Ulpiano, utroque in *l.* 1. *Instit. Legib.* 3. & 4. *d. His qui sui vel al. jur.* Quæ potest esse major & evidentior inter Cives Romanos aliasque nationes Imperio subjectas separatio? Proinde, Si tempore Caji & Ulpiani hæ differentiæ adhuc fuerint inter Quirites, Latinos & peregrinos, omnes Romano imperio subjectos; parum abest, quin fides hujus loci laborare videatur; maximè cum de tanti re momenti non sit verisimile nihil aliud usquam extare, nec videri possint veteres JCti rem tantam egisse tam negligenter.

5. Sed hoc quidem postulatum minis est grave, neque de fide & ratione Florentini libri hac parte quisquam adhuc dubitandum putavit. Magis est igitur, ut ea quæ ex Cajo & Ulpiano superius adducta sunt ante Constitutionem Antonini, quæ est hujus loci, scripserint auctores illi Antoninis σύγχρονοι. Huc pertinet ut videamus, quis sit Antoninus auctor hujus novæ Legis; Potest enim esse vel Antoninus Pius, vel Antoninus Caracalla. Antoninus Pius, voce Antonini simpliciter posita, cum sit omnium primus Antoninorum, & Antoninus, sine epitheto vocetur in *l.* 9. *ad Leg. Rhod.* ut probavimus in *Prælect. ad d. tit. n.* 10. satis commode intelligi posse videtur. Dictus etiam esse queat Hadrianus, à quo Antoninum adoptatum hoc etiam nomine designatum fuisse probari potest ex iis, quæ Bertrandus habet in vitâ *Caji*. Pro qua sententia est Chrysostomus, qui sic scribit, *ad Acta*: Ἀπὸ Ἀδριανοῦ φασι πάντας εἶναι Ῥωμαίους, τὸ δὲ παλαιὸν οὐχ' οὕτως ἦν.

Ab Hadriano dicunt omnes factos esse Cives Romanos, olim autem non erat sic. Sed est verum, Antoninum simpliciter appellatum, esse plerumque Caracallam, in Jure quidem nostro, ut è Brissonio in *Antoninus* colligi potest. Sub hoc vixit Ulpianus auctor hujus legis, ad quam commentamur, quem sæpe vocat Imperatorem nostrum, ut in *l.* 34. *d. Legat.* 1. *l.* 1. §. 4. *d. Legat.* 3. Bertrand. *in vit. Ulpiani.* Quod si communicatio civitatis cum omnibus in Orbe Romano spectat etiam ad jus mancipii, commercii & connubii, ut est probabile; dicendum erit, Antonini voce Bassianum Caracallam esse intelligendum & Ulpianum ea quæ modo laudavimus, scripsisse tempore Severi, sub quo fuit Adsessor Papiniani Præfecti Prætorio; sed hanc legem, quæ nobis proposita est, ab eo scriptam esse post mortem Antonini Caracallæ: duravit enim usque ad imperium Alexandri, sub quo fuit Præfectus Prætorio.

6. Cajum quod attinet, is si Antoninus Caracalla fuerit, nihil obstat *heic*, quia sub Hadriano vel statim post eum vixit, ut patet ex *l.* 3. *Si pars hered pet.* Si cui minus hoc sedeat, ei dicendum fuerit, effectum Constitutionis hujus, respectu Juris publici, duntaxat obtinuisse, quatenus omnes qui sunt in orbe Romano capaces honorum & militiæ legionariæ facti sint; quod tamen non est probabile, quia de jure publico perrarò, de jure privato passim in Pandectis agitur, & infiita hujusmodi oratio, qualis est in hoc textu, non videtur recipere tam angustum sensum. Nec dubitat Alciatus *lib.* 2 *disp. Jur. c.* 21. quin jura commercii & connubii per hanc Constitutionem communia facta sint, etiam Grotius ita de *Jure B. & P. lib.* 2. *c.* 9. *n.* 11. *Consequuti sunt*, inquit, *eâ Constitutione subditi Romani imperii, ea jura, quæ olim habebant Coloniæ & municipia & provinciæ togatæ, ut & honorum participes essent & jure QUIRITUM uterentur.* Hoc planè Grotio concedendum, per hanc Constitutionem, urbi Romæ non esse ademptum jus Principatus gentium quo fons Imperii in urbe Româ consistebat: hoc enim Antoninus nec voluit nec efficere potuit; Imperatores enim populi Romani, administrandi non mutandi vel tollendi jus populi Romani habuerunt.

7. Huc igitur redit oratio; Cum antea multiplex esset jus populorum qui suberant Imperio Romano, Quiritium, Latinorum, Coloniarum, Municipiorum, Provincialium, illa discrimina paulatim detrita sunt, ut ipsi municipes & coloni quid discreparent, inter se nescirent, quod Gellius l. XVI. c. 13. demonstrat; donec Antoninus hic noster cuncta discrimina penitus obliteravit. Dicat aliquis; Imo Justinianus id demum effecit constitutione suâ, de nudo *jure Quiritium tollendo*, qui titulus est in Codice repetitæ Prælectionis: Sed ille non tam ex usu rerum hominumque discrimen illud, quam ex studio Juris & interpretatione Legum sustulit. Hoc jam mihi postremò de *Censura* quisque teneat: quanto Respubl. ad majorem Ordinum conformitatem redigitur, tanto esse præstantiorem ejus statum. Nec idcirco alienum sit ita cogitare, Papinianum à quo sunt pleræque Severi & Antonini Constitutiones, omnium in corpore Juris præstantissimæ, hujus etiam fuisse auctorem; quod tamen in medio relinquam. Hoc satis constat, mutationes temporum, Antonini ætate illam æquabilitatem, facile recepisse, quæ ante duo secula sine summa orbis terrarum perturbatione stabiliri non potuisset: Ea verò tam facile, tum quidem rebus aliter jam ferentibus, sancita

cita est, ut vix, eam esse factam, alibi commemoratum, orbisque ille mutationis ita conversus sit, ut sonitus ejus, quomodo in alia re Cicero, vix sit auditus.

Ulpianus lib. XXVII. ad Sabinum.

Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur; nisi Lex specialis aliud inducit. L. 24. d. Stat. hom.

1. Imo Lex naturæ est, κοινὸν ἀμφοτέροις τὸ γινόμενον, *Utrique Parenti communis est fœtus*; ut Plutarch. *in lib. de fœt. amor.* Et si alteri tantum addicendus sit, Patri potius ut præstantiori debeatur. Enimvero si dominii, quod habet æstimationem pecuniariam ratio tantum habeatur, manifeste lex naturæ est hæc; ut partus ventrem sequatur, quod Juris auctores in fœtibus animalium & vernarum sequuntur; Sed heic de matrimonio, quod tantum est inter homines liberos, agitur. De quo discrimen juridicum, quod nati è matrimonio Patrem, extra illud matrem sequuntur, est juris positivi, non *lex naturæ*, nitens hac positione Juris Gentium, quod matrimonium sit nota certi patris, qui sine tali nota incertus haberetur, juxta Homericum illud, ἑὸν γόνον ὅυ τις ἀνέγνω, *Nemo Patrem suum novit.* Pro Ulpiano tamen stat Hobbesius, qui matri potestatem soli vindicat in liberos, nisi marito se subjecerit, *eo quod naturaliter dominium infantis ad eum primum pertinet, qui primus in potestate suâ ipsum habet. Manifestum autem est, eum, qui modo nascitur, prius esse in potestate matris quam cujusquam alterius.* in tract. de Civ. *tit de Imper. c. 9.*

2. Mihi tamen non fit verisimile, Ulpianum hanc rationem habuisse in conspectu; Legem Naturæ nimis naturaliter accipit Hobbes; de statu, quo mulier habet copiam admittendi quemlibet, virum nec unum, sed plures, quo casu nullo modo sciri potest, quis pater sit, nisi, & vix ita, matris indicio. Verum Ulpiani sententiæ mihi potius hæc ratio esse videtur; Lex naturæ non tantum regit ea, quæ in primævo statu, quem natura prodit, usu veniunt; sed omnes hominum actiones, quamdiu durat humanum genus. Posita igitur secundum matrimonii Legem certitudine Patris, infans ex justo matrimonio natus est Patris, ut qui imperium habet in matrem ejus & domum. Extra matrimonium partus sequitur matrem, eo quod hæc certa sit, pater non est certus; de facto nihil superest, quam ut partus ad eam pertineat, ex qua certo constat, eum esse natum; nihil enim magis naturale est, quam hæc demonstratio, & ratio inde petita signate Natura vocatur in *h. l. 24.* Eadem Lex naturæ viget in gentibus, ubi matrimonium non est clausum, ut in quibusdam Indiæ populis; Apud quos milites, cuncti cœlibes, habent jus adeundi quas volunt matresfamiliarum; apposito ante ostium scipione, mariti non habent jus intrandi, sed militum contubernio comiter obtemperare debent, teste cum aliis Linschotio *in Itinerario.* Lex Naturæ vult illic idem, quod hic Ulpianus; extra matrimonium sequitur partus ventrem; nec habent in bona sua successores, liberos domi natos, sed liberos sororum, quos scire possunt ὀφθαλμοφανῶς esse sui sanguinis. Cæterum,

extra

extra usum oppositionis inter Servitutem & Libertatem, qualis est hodie status rerum humanarum, vix est, ut Partus matrem sequi posse dicendus sit. Quid enim à matre habeat; Libertas, à natura; Servitus nulla est. Dignitas vero aut nobilitas per matrem non propagatur. Successionem ab intestato à matre sane habet, cujus respectu nothi nullâ parte, Spurii levissime, à legitimis differunt *l.* 5. *C. ad Sc. Orfit.*

Cajus Lib. I. Institut.

Igitur in potestate sunt servi dominorum, quæ quidem potestas Juris Gentium est: Nam apud omnes peræquè gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse, & quodcunque per servos acquiritur, id domino acquiritur. l. 1. §. 1. *d. His qui sui vel. al. jur.*

1. Duplex in hunc locum *Censura* stringitur. Prima, quod falsum sit, apud omnes peræquè gentes Dominis esse vel fuisse jus vitæ necisque in servos: Altera, quod hoc Jus Romanis usitatum, sit inhumanum meritoque vituperandum. Secundum alios plures Wissembachius noster; *Apud Romanos*, inquit, *durius & inclementius habiti sunt servi, sed gentes aliæ humaniter eos tractarunt. Quod de Parthis testatur Justinus lib.* 41. *De Germanis Tacitus de morib. Germ. De Hispanis Bodinus meth. histor. c.* 5. *de Græcis Athenæus lib.* 6. *cap.* 7. *Dipnosoph. prolatis in eam rem Hyperidis, Lycurgi & Demosthenis verbis. Adde Macrob.* 1. *Saturnal. c.* 11. *Disp. ad Inst.* 6. *à pr.* De duritie vero & inhumanitate Juris ejus, frustra describam ea quæ auctores passim effundunt, etiam Jurisperiti & omnes Institutionum Interpretes, quatenus Imperator apud Institutiones eadem quæ Cajus hic in §. 1. *d t.* adfirmat; Tu vide sis post alios Vinnium in *Commentar. illic.* Bodinum in *lib.* 1. *c.* 5. *de Rep.* & Berneggerum ad *German. Tacit. Qu.* 135. qui multis incivilitatem juris hujus rationibus & exemplis quæ non desunt, odiosè ex historiâ inculcatis persequuntur.

2. Respondebimus ad factum prius, consequenter ad Jus. Quod attinet ad Parthos, ut Justinus eos exhibet, parum abest, quin illa natio populus servorum fuerit; maxima saltem pars servi, è quibus exercitus eorum constabant, adeò ut è quinquaginta equitum millibus Antonio oppositis, solos quadringentos fuisse liberos adseveret; dum vulgus servorum, nulla manumittendi potestate permissâ, ac per hoc omnibus servis nascentibus, indies accrescebat. Hos ita in immensum auctos, pari ac liberos cura fuisse habitos auctor est idem sane Justinus: per hæc satis indicans, illos non tam fuisse servos, quam ordinem in isto Imperio prævalentem, servos nomine quidem & origine, sed reverâ clientes, ad certos Parthorum dominos an patronos pertinentes, sed minime tales, quos οἰκέτας Græci, mancipia Romani appellant; Ambactis Gallorum similiores apud Cæsarem, imò melioris hisce conditionis, cum arma, secus ac Ambacti in manibus habuerint, quibus qui potiuntur, hos dominari necessum est: sicut Mamaluchi omnes servi natalibus nec manumissi, ordo prædominans Syriæ & Ægypti fuerunt. Ab horum igitur conditione non rectè ad usum Juris

Gentium de servis argumentantur Censores. Nihilo magis ab eo quod de Germanis profertur, de quibus narrat Tacitus, eos raro servos suppliciis adflixisse, per iram duntaxat & impetum eos occidisse, quod eandem arguit potestatem; nec enim apud Romanos servorum cædes frequenter aut aliter usu venisse legimus.

3. De Hispanis quod Bodinus laudatur, alio opus sit auctore de Jure & moribus Hispanorum veterum; Sed ipse Bodinus per omne caput 5. *libri I. de Republ.* Romanorum in servos duritiam insectatur, quod ad secundum hujus quæstionis membrum pertinet. Adhuc enim de facto quæritur. Athenæus *loco citato* à Wissembachio, nihil habet; In capite XVIII. ejusdem Libri invenio, Arnæenses è Bœotiâ colonos *in servitutem se tradidisse Thessalis, eâ Lege, ne liceret eos exportare neque occidere*; Verba Athenæi; *Παρέδωκαν ἑαυτοὺς τοῖς Θετταλοῖς δουλεύειν, καθ' ὁμολογίας, ἐφ' ᾧ οὔτε ἐξάξουσιν αὐτοὺς ἐκ τῆς χώρας οὔτε ἀποκτενοῦσιν.* Quæ conditio venditionis in hac voluntariâ servitute minime fuisset necessaria, si juris communis non fuisset vitæ necisque potestas in servos; Exceptio, ut ait vetus Schola, confirmat regulam: quæ ex Helotis Spartanorum & aliunde satis conconstat apud ipsos Græcos. Nihilo plus habet Macrobius ad hunc articulum pertinens. Ad alterum multa, quibus clementiam in servos dominorum commendat.

4. Quod igitur ad duritiem ac inhumanitatem hujus juris vitæ necisque in servos attinet; ejus rei doctrina constat distinctione, qua in Jure Publico privatoque sæpe utendum est. Jus aliud esse bonum & æquum, aliud facultatem habendi aut agendi; quod non semper est æquum & rectum; Patria potestas aliquando est tyrannica, tamen est potestas, nec filio male sine causa habito vi resistere fas est patri. Jus vitæ necisque sine causa exercitum in servos est tyrannicum, ut recte Aristoteles 8. *ad Nicom.* 10. Quominus tamen impunitum esse queat, jus belli demonstrat; ex quo servitus originem habet: atque in eo licentia occidendi sine respectu causæ, jus est. Hoc in eos qui serviendi causa servati sunt, derivatum & derivari potuit: cum, qui statim occidi potuerunt, hi sine pacto conditionem non mutent. Quicquid ex Auctoribus antiquis in hanc rem profertur, ad jus, bonum & æquum, refertur. At in eo non dissentimus, nec JurisCti, nec ulli Romanorum sapientes dissentiebant: quæ res in causa fuit, ut tandem jus alterum, id est, facultas ipsa vitæ necisque Romanis Legibus sublata ac interdicta sit, ut ipse Cajus, salva coërcitione modica & necessitate serviendi, refert in hac *l.* 1. Domino perinde homicidii reo per cædem proprii quam alieni servi *l.* 1. §. 1. *b. t.* quâ parte jus Romanum Hebræo mitius est, quo dominis impune fuit, occidere servos suos, si modo è continenti non morerentur *Exod.* XXI. 20. 21.

Ulpian;

Ulpian. lib. VII. de Off. Proconf. ex Refcripto Divi Pii ad Ælium Marcianum Proconfulem Uticæ.

Nulli hominum jus fuum detrahi debet. l. 2. d. Hu qui fui vel al. jur.

1. Non eft hujus inftituti profecto ea quæ bene habent, Eunomiæ causâ producere & commendare Lectoribus; fed reprehenfiones & Cenfuras amoliri. Tamen etfi nihil hac fententia rectius & melius de officio Principis erga cives fuos efferri, adeoque nihil minus Cenfuræ obnoxium effe queat, celebris tamen locus è facris literis, et tritus, cujus verba hifce oppofita funt, non patitur, ut hæc inreconciliata tranfmittamus, ne Cæfar & Propheta diffentire videantur; etfi jam quod fatis videri queat, alibi dictum fit: à fimplici tamen repetitione cavebimus & nec nihil addendum fuperfuiffe conferenti patebit. Samuel Propheta jus Regium docuit Hebræos effe & vineas & domos eripere civibus, & dare fervis, hominibufque jubjectis uti pro arbitrio herili 1 *Sam.* 8: 11. Tres omnino fuper hujus loci interpretatione funt opiniones. Prima tenet, hebræa voce, quam *jus* vertunt Græci LXX. Latinus antiquus, Lutherus & alii; fignificari morem & inftitutum, quo Reges ufuri effent, facto non jure; quomodo Reformati interpretes locum accipiunt, adeo validè certi, ut opinionem fuam in textum, verfione à Veteribus & confuetâ vocis proprietate diversâ, intulerint. Quod quidem fieri neceffe non erat, fiquidem τὸ jus quod tam ufus quam etymologia vocis hebrææ exigit, retinere licet, abfque ulla tyrannici moris approbatione. Nam dari aliquod *jus* non bonum & æquum, fed quod obliget tamen, fæpe demonftratum eft, cum aliter, tum exemplo Patris qui Jus habet in filium, quo hic etiam fine causâ male habitus tenetur & obligatur ad patientiam. Si hoc jus Samueli intellectum adfcribitur, nihil aliud dictum voluit Propheta, quam quod Apoftolus homines jubet effe fubjectos regnantibus, non modo bonis & æquis fed etiam σκολιοῖς. Hujufmodi jus cum fceleritate dominantium poteft effe conjunctum, fed eft jus tamen, quatenus privatis ob injurias imperantium rebellare non licet. Eaque eft fecunda, quam innuimus, interpretatio. Eft adhuc tertia, quæ modo increbrefcit fententia; *Jus* illud regium effe verum & folidum jus, quod ita volunt Interpretes Grotiani, Sieglerus & Boeclerus ad *Grot. l.* 1. *c.* 4. §. 3. quem & Thomafius probat in Scholiis ad pofitiones noftras *Inft. l.* 1. *tit.* 8. *n.* 13. Poteft autem hæc fententia bifariam explicari. Primo, jus illud effe Regium, fi urgente publicâ neceffitate vel evidenti utilitate, adeoque ratione Dominii Eminentis, quod Grotius vocat, exerceatur. Et hanc illi fequuntur interpretationem, fatis à contextu Samuelis, qui vim dominationis arbitrariam defcribit, alienam. Altero fenfu poffet hoc jus verum folidumque dici, hac ratione; quod fit facultas propria Regibus, civium perfonis & rebus abutendi, ut quifque re fuâ abutens, prodigeve donans, jus fibi competens etfi perperam, exercet. Quod an recte ftatuatur, ex eo pendere videtur, fueritne defpoticum imperium, quod Hebræi fuâ voluntate condiderunt, an Regium. Si prius, vera eft illa fententia, quia mo-

 narchæ

narchæ heriles, jus in res & homines arbitrarium habent, quomodo Turcarum & Persarum domini cives indicta causa necandi & spoliandi jus habent *extimum*. Sed regnum simpliciter constitutum παμβασιλικὸν & absolutum, libertatem personarum & dominia rerum civibus relinquit; nec in his extrà causam evidentis publicæ utilitatis, cives gravare potest absque vitio tyrannico, ut in *Lib.* 1. *de Jure Civit.* aliquot locis demonstravimus. Sed ut herilem dominatum à populo Hebræorum institutum credamus, satis causæ non videtur esse in eo, quod Regem postularunt, instar vicinorum, qui sane fuere despotæ. Nam gens memor & recens libertatis adeo sui non fuit impos, ut aliter quam herili jugo se contineri non posse crediderit. Pertæsi erant Theocratiæ, ut homini parerent, non ut servirent; nec si dubia res sit, pro Regno non magis quam pro Servitute præsumendum fuerit. Regnum igitur verum fundavere, quod saltem ipsis libertatem corporum & proprietatem rerum jure custodiret. Injurias tamen hac etiam parte ferendas, pro more solito regum absolutè imperantium & jure patientiæ, quod ipsis incumberet, Samuel inculcavit: Siquidem hanc esse Legem Imperii simpliciter delati *dicto loco* probavimus, quod resistendi & vim opponendi facultas non detur civibus, nisi hostilem Princeps animum induat. Tenemus igitur ex tribus mediam, ut tutiorem sententiam; non esse factum merum, nec Jus verum, quod Samuel exposuit (esse jus, sed injustum, quale Prætor iniquè judicans facere dicitur *l.* 11. *d. Justit. & Jur.* & quale Achabus adversus Nabothum instituit nefariè; oppositum Juri bono & recto) quod Pius Imperator in textu suprà scripto respexit; ubi hoc Jus Principis, *nemini suum jus, nisi pro utilitate publica, auferre* adfirmat. Enimvero, Hebræis non fuisse in animo, servos Regum se facere, si verbis inde ab initio minus expresserint, factis & re deinceps legibusque suis indicaverunt, inde à morte Salomonis potissimum, qui Jus Imperii simpliciter delati, id est, absoluti ad posteros impares propagare non potuit. Est igitur hic locus monito prophetico Samuelis contrarius; sed conveniens melioribus Juris Divini præceptis, quæ habentur *Deuter.* 17. Hæc dicta licet addantur his quæ scripsimus in *Prælect. ad h. tit.* super hoc ipso loco; & in *lib.* 1. *de Jure Civit. sect.* 2. *cap.* 7. ubi quædam de summo Imperio monita collocata sunt.

Gajus Lib. I. Instit.

Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreaverimus; quod Jus proprium civium Romanorum est. l. 3. *d. His qui sui vel al. jur. sunt.*

1. Gotofredus ad *h. l. Imo & aliarum gentium fuit hoc jus. Fuit enim apud Persas*, Aristot. 8. Ethic. 20. Ægyptios, *Diodor. Sicul. lib.* 2. Hebræos *Genes.* 21. 23. *Judic.* 11. Græcos, *ut jus* abdicandi satis ostendit, *Halicarn.* 2. Gallos 6. *de bell. Gall.* Muscovitas *Sigismund. l.* 3. *comment. rer. Musc.* Hactenus Gotofredus. Idem Bodinus *lib.* 1. *de Republ. c.* 4. Verba ejus ponam; *Extant*, inquit, *Græcorum & Latinorum monumenta, quibus satis intelligitur, Hebræos, Celtas & Persas eâdem potestate in liberos, quâ Romanos, uti consuevisse.* Falso igitur & impe-

imperitè Cajus. Bona verba! parum est difficultatis; Cajus de qualitate, Reliqui auctores de genere ipso & de *quanto* loquuntur. Patriam potestatem esse juris Gentium nemo negat; jus etiam vitæ & necis, quod Romani Veteres Patribus dederunt, quibusdam aliis populis usurpatum legitur; sed Patria potestas apud Romanos admodum singularis fuit, habens effectus aliis gentibus inusitatos & incognitos, quibus hic recensendis abstinemus; extant in locis tritis. Justinianus rem explicat in §. 1. *I. de Patr. pot. Jus autem Potestatis, quod in liberos habemus, proprium est Civium Romanorum,* inquit; *Nulli enim alii sunt homines, qui TALEM in liberos habent potestatem QUALEM nos habemus.* De quanto non loquitur; sicut illud summum quod olim fuit, jus vitæ necisque non memoratur ab ipso, vel a Cajo, aut in omni *hoc tit.* Scilicet, abolitum deinceps, & redactum ad modum regiminis domestici & emendationis vigorem; quod etsi Bodino in *d. cap.* 4. improbatum, melius tamen consultum est, quam quod Veteres nullum inter herilem & Patriam potestatem discrimen esse voluerunt, qua de re non repetimus, quæ dicta sunt in *lib.* 2. *Digress. c.* 4. 5. & 6. Plane, quod Gajus æque de qualitate singulari juris Paterni Romanis Legibus elaborati in *hoc loco* sit intelligendus, dubitare non sinunt ea quæ subjiciuntur ex aliis auctoribus, & nominatim ex eo, quod habet Ulpianus in *l. seq.*

Ulpianus in Libr. I. Instit.

Patresfamiliarum sunt, qui sunt suæ potestatis, sive impuberes; simili modo matresfamiliarum, filiifamiliarum & filiæ, quæ sunt in aliena potestate: Nam qui ex me & uxore mea nascitur, in mea potestate est: item, qui ex filio meo & uxore ejus nascitur, id est, nepos meus & neptis æque in mea sunt potestate, & pronepos & proneptis & deinceps cæteri. l. 4. d. t. de His qui sui vel al. jur. sunt.

1. Censura duplex; Una hæc: Imperitis juris non potest non absurdum videri, quod impuberes, imo infantes in cunis vagientes appellantur Patres & Matresfamiliarum; Periti vero habent, quo rationem quærant. Nec enim inde petenda, quod hoc loco *familia* non significet domesticum cœtum, sed hereditatem & bona, ut in titulo de *familia erciscunda*. Quid enim vox *pater* relationis habet ad bona & ad hereditatem? Potius inde, quod cum primo juris auctores de statu hominum in orbe toto vel in Republica egerint, hoc *titulo* de jure partibusque familiæ tractent. In familia sunt imperantes & subjecti. Imperatores sunt pater & materfamilias, subjecti sunt liberi & servi, ambo in potestate. Qui ergo non est in potestate, id est, in subjectione familiæ, is est pater aut materfamilias, nec enim datur in familia diversum genus, quam pater atque materfamilias & qui in potestate sunt. Hoc si quis incommodum appellationis haud omnino tollere credat, is hunc potius terminum artis, quam usus popularis exemplum esse cogitet. Nec enim facile, puer Paterfamilias, adhuc rarius puella materfamilias appellari solita fuit, aut in Jure, cum popularis est sermo, nuncupatur.

2. Altera Censuræ species gravior, in eo consistit; quod nepotes & pronepotes & abnepotes, omnes in atavi potestate sunt: Quæ res ante-diluvianis temporibus, quibus familiæ gentes erant, quam præsenti rerum statui convenientior videtur. Quanto rectius, quod hodierno Jure Gentium ubique receptum est, ut patria potestas domibus finiatur, & quisque paterfamilias suæ domus princeps, nec qui caput est suæ, pars & subditus alienæ familiæ dicatur. Ad hæc ita est ratio. Mores hodiernos equidem hac parte nos Juri Civili prætulimus alias, ut tamen institutum Romanum non contemnamus. Nec tu contemnes, si modo dinstinguas inter effectus patriæ potestatis, qui Juris Gentium, & qui juris Civilis sunt. Principatum familiæ regimenque juris gentium non adimit atavi potestas cuique suæ domi posterorum, quatenus ad œconomiam spectat. Sed effectus subtiliores, quos Romani multos habuere, sine morte vel suâ voluntate Parentibus avis atavisque factis auferendos non putarunt, nec hi derogant præsidio domus, quo filii patres facti, *Θεμιστεύει παίδων ἠδ᾽ ἀλόχων*, imperant liberis & conjugibus atque servis, ac ita Censuræ causam præbere non videntur.

Ulpianus libro nono ad Sabinum.

Filium eum definimus, qui ex Viro & Uxore ejus nascitur. Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbigratiâ, per decennium, reversum anniculum invenisse in domo suâ, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. l. 6. d. His qui sui vel al. jur.

1. Bachovius ad *h. l. Ulpiani nugæ*, inquit, siquidem nemo sani sensus de hoc casu dubitare possit. Quid ita Ulpianus homo minime nugax & nugarum censor? Ego sic puto; Magna vis est hujus regulæ, *Pater est, quem nuptiæ demonstrant. l. 5. π. de in jus voc.* Vult ostendere, hanc regulam non esse infiniti usus, inducere præsumptionem duntaxat, non excludere probationem contrariam. Idem exemplo primum indubitato evincit ex ipso Juliano, ut dein ad magis dubia pergat, contra Julianum, quomodo in hac ipsa Lege procedit; probans adversus ejus sententiam, posse aliquem, etsi adsiduo cum uxore versatum, non haberi pro patre; si constet, maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, simultate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuerit, ut generare non potuerit. Ab indubitatis & concessis negata concludere & adfirmare non est absurdissimum. Nec adeo quod Ulpianus scripsit, monere nugatorium est; ut etiam quibusdam gentibus placuerit, Patrem haberi qui per decennium abfuerit, si modo quatuor maria, quibus Britanni cinguntur non transierint, ut in Angliâ juris esse scribit Chamberlanus in *noviss. stat. Angl. par. 1. c. 18.*

Gajus

Gajus Libro primo Institutionum.

Generalis adoptio duobus modis fit, aut Principis auctoritate, aut magistratus imperio l. 2. in pr. d. Adoption.

1. Wissembachius *Emblem. Tribon. ad h. l. Non modo*, inquit, *liberâ adhuc Republ., verum eâ quoque occupatâ, ab Imperatoribus Arrogatio fiebat per populum, ævo Juliani, Aul. Gellius* 5. *Noct. Att.* 19. Ulpian. 1. *fragm. tit.* 8. §. *Adoptio*; *Utique & Caji, qui Juliani fuit σύγχρον@-. Quomodo igitur hæc à Cajo scripta sunt?* pergit ille; Respondet; *Quia principali rescripto Arrogatio postea fieri cœpit l. 2. in fin. C. h. t. Tribonianus verbis Caji immutatis, pro, aut per populum*, reposuit, *aut Principis auctoritate*, quod & Giphanius in *d. l.* 2. censet, quam rem illi ut flagitiosam imputant Triboniano. Sed tot loca, quot Principis in hoc negotio meminerunt, esse corrupta, quis credat? Verum igitur esse oporteat quod Wissembachius adseverat, Adrogationem sub Imperatoribus factam fuisse nonnisi per populum tempore Caji, auctoris *hujus L.* qui vixit sub Hadriano & Antonino Pio. Id sane constat, sub Augusto populum adhuc solitum fuisse rogari aliquando, quod sub Tiberio qui comitia è campo transtulit in Curiam, id est, à populo ad Senatum, teste Tacito 1. *Annal.* 15. mutatum est, nec ab eo tempore populus aut plebs in campo vel in Comitio rogari solitus fuisse legitur, quod ego quidem meminerim. Wissembachius profert Legem Papiam Poppæam, Æliam Sentiam, Fusiam Caniniam; Sed hæ omnes sub Augusto latæ sunt, de cujus tempore non ambigitur. Cajus autem hujus Legis auctor sub Hadriano & Antoninis vixit. Quid ergo ad Gellium & Ulpianum Antoninorum coævos, qui diserte, ut Wissembachius refert, ita scribunt? Puto, illos, re novatâ, verbis nihilominus antiquis usos fuisse, quo nihil in historiâ Augustâ frequentius, ut Senatus populique obsoleta nomina adhuc usurparentur; quod in hoc negotio facillimè admitti potuit, eo quod Princeps omne jus populi habuit & quicquid ipse faceret, populus fecisse judicaretur. Nec ipsi Cæsares ita noluerunt, sophismate politico, fueti inania populo transmittere, ipsi rem & vim amplecti. In Lege vel SenatusConsulto, quod, vel quæ de Imperio Vespasiani extat, ipsi tribuitur facultas commendandi Magistratus Senatui populoque Romano; tametsi mos ille Julianus ex Suetonio notus jam pridem obsolevisset, nisi forte inanibus imitamentis, quâ de re diximus in *Lib.* 1. *Digress. c.* 31. & 33. Aliud exemplum; Majestatis crimen committitur adversus Imperatorem, qui habet summam potestatem, & Rempubl. §. 3. *I. de Publ. jud.* tamen Ulpianus in *l.* 1. *ad L. Jul. Majest.* idem crimen definit, *ut adversus populum Roman. vel adversus securitatem ejus committi dicatur*, nulla Principis mentione factâ. Sic igitur hac in re Ulpianus & A. Gellius amator vetustatis & archaismorum instituerunt. Si putes, Arrogationem rem fuisse nihili; Principes eam forte populo permisisse per idem sophisma, modò quod dixi, politicum, fac cogites ita; nimis crebras fuisse adrogationes, quam ut Principibus expediret, populum toties universum convocari eumque in antiquæ Majestatis sede collocari. Præter quod tum sane Principes ipsi in adrogationibus à se factis, Claudius, Galba,

ba, Trajanus, Hadrianus, Antoninus aliique populum non sprevissent, quem ex Augusta historia satis constat, ab illis non fuisse rogatum. Diocletianus & Maximianus, qui non toto post illos sæculo vixerunt, ita hac de re; *Arrogatio etenim*, ajunt, *ex indulgentiâ Principali facta, perinde valet apud Prætorem vel Præsidem intimata, ac si per populum jure antiquo facta fuisset. l. 2. C. h. t.* Quis dicet, ecquando inter Antoninos & hos Principes, populus rogari desierit: si adeo nec desiisset omninò, jus illud à Diocletiano appellatum non fuisset antiquum. Dicamus igitur, nihil in his verbis, quæ præscripsimus, ab auctoris Caji temporis usu alienum esse collocatum.

Ex eadem L. 2. in pr.

Principis auctoritate adoptamus eos, qui sui Juris sunt, quæ species adoptionis dicitur, Adrogatio, quia & is qui adoptatur, rogatur, id est, interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse, & is qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur.

1. Diversam Adrogationis etymologiam & formam memoriæ prodidit A. Gellius, quam & præferunt Sigonius 1. *de ant. jur. Civ. Civ. Rom. c.* 10. & Alciatus 9. *parerg.* 5. Gellii verba sunt hæc, quæ subjeci. *Arrogari non potest, nisi jam vesticeps; Arrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Ejus rogationis verba hæc sunt; Velitis jubeatis Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam Jure Legeque filius sibi siet, quam si ex eo Patre matreque familias ejus natus esset. Utique ei vitæ necisque potestas siet, uti patri endo filio est. Hæc ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.* Ita tune ulla interrogandi adoptantis & adoptati mentione. Nunquid igitur dicendum, abolito rogationis popularis sub Principibus, ut dictum, instituto, hancce partium interrogationem esse substitutam ejusque pro more sui temporis meminisse Cajum? Id vetat credere Cicero, qui *in Oratione pro domo* suâ P. Clodium à P. Fontejo arrogatum ita percunctatur, *Te esse interrogatum, auctor ne esses, ut in te P Fontejus vitæ necisque potestatem haberet, ut in filio?* Ex quibus verbis liquet, interrogationem utriusque partis apud Pontifices olim quoque factam eamque sequutam fuisse rogationem populi Curiatam: Ut sic utraque etymologia tam Caji quam Gellii vera sit; etsi Cajus alteram, ut suo tempore notam, duntaxat commemoraverit. Nulla igitur contrarietas.

2. Obiter, Cajus verbum *rogatur*, explicat per *interrogatur*, quid hæc glossa vult; otiosa, ut videtur? Sed rogare plerumque est verbum precarii, sicut in fideicommissis & passim alibi, *Λογμμ.* Ne quis igitur putet, rogari adoptantem, ut velit adoptari, sicut populus rogabatur; monet interrogari tantum partes, ut respondeant, non sollicitari. Nempe rogare significat etiam stipulari, *l.* 7. §. 12. *d. Pact.* Negat tamen hanc in adrogatione factam interrogationem, fuisse stipulationem. Cujacius 9. *Obs.* 37. *in pr.* Rationem non addit. An quia non fuit concepta solenni verborum formula, qualis in stipulationibus? An potius, quia non fuit alii subjecta conventioni, ut stipulationes solent?

Ex

Ex eadem L. 2. §. 1.

Illud utriusque adoptionis commune est, quod si qui generare non possunt; quales sunt Spadones, adoptare possunt. Hæc ipsa verba Justinianus retulit in *tit. I. de Adopt.* §. 9. sed hæc adjecit, *Castrati veró non possunt.*

1. Censura Leonis Philosophi Imperatoris in Nov. XXVI. cujus quidem Legibus non utimur ad decidendum, multo minus contra Justinianum, at tamen Censuræ auctoritate multis aliis præcellunt. Negat æquum esse castratos ab adoptionis beneficio excludi, ob has rationes. I. Quia Lex adoptionem in solatium orbitatis introduxit, quod castratis æquè ac aliis improlibus convenit. II. Qui per injuriam hominum nequeunt gignere, beneficio Legis, ex misericordia, digniores sunt, quam frigidi & libidinibus exoleti vel morbis venereis impotentes facti. III. Aliis conceditur adoptio, quia spes est, eos aliquando gignendi compotes fore; Tanto magis hoc solatium castratis impertiendum, quod nulla spes eorum sublevet miseriam, ut saltem hac ratione paterni nominis dulcedinem adumbrare possint.

2. Apparet, Cajum & Justinianum spadones à castratis separare, contra aliorum & ipsius etymi usum. Nam Spado est à *σπάω abstraho, avebo*, cui genitalia sunt avulsa; sic & alii Scriptores; usu tamen obtinuit, ut omnes gignendi impotes vocentur spadones, tam castrati, quam secus. Ulpianus; *si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, nec ne: ut in castrato dicas dotem non esse: in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, & dos & dotis actio est. l.* 39. §. 1. *d. jur. Dot.* Theophilus in *d.* §. 9. *Inst.* Eunuchos facit genus, eorumque tres species, spadones, castratos, thlibias; Priores vocat frigidos, non desperatæ veneris; Castratos, quibus excisa sunt genitalia; Thlibias, quibus attriti sunt testes. Etsi castratos alii maxime vocent eunuchos, quia cæteris magnates orientales non fiderent *τὰς εὐνὰς ἔχειν, custodire cubicula mulierum*, unde nomen illis.

3. Quod ad Censuram Leonis attinet, illa speciem habet æquitatis, Justinianus analogiam Juris sequitur, per quam ita traditum est, adoptionem imitari naturam, §. 4. *d. t. I.* nec ullas ponere fictiones impossibilium, ut ostendimus *ad tit. π. de Probat. in fin.* Generatio in castratis absolute *τῶν ἀδυνάτων impossibilis* est, in Spadonibus alitur spes; ideo his naturam imitari licet; Ut castratus id faciat, monstrum videretur; in spadone res ipsa non amisit terminos habiles: nec imitatio incivilis, quæ in càstrato deformis est. Suspicor, Eunuchorum potentiam in Aula Byzantinâ, quæ seculo nono, quod est Leonis, jam impense creverat, magis occasionem dedisse novæ constitutioni, quàm valorem æquitatis, quam facile Juris ratione sustinet Justinianus.

Papinianum lib. xxxi. Quæſt.

Imperator Titus Antoninus reſcripſit, privignum ſuum Tutorem permittendum adoptare l. 32. §. 1. eod. tit.

1. In hoc textu ſignificatur, Vitricum poſſe Tutorem eſſe privigni; quanquam matri propter inductum Vitricum non modo Tutela liberorum, ſed etiam educatio per leges adimitur *l. 1. C. Quand. mul. Tut. of. l. 1. C. ubi pup. educ.* Quæ res abſurditatis abſolvi non poſſit, ut Tutelo conceditur ei propter quem & cujus odio matri adimitur. Reſponſio duplex. Una. Vitrico non deferri tutelam; id nuſquam in Jure videri ſcriptum. Hic quidem Vitricus tutor eſſe memoratur; ſed potuit eſſe Tutor, antequam pupilli mater ei nuberet; confer *l. 2. C. de Interd. matrim.* difficilius adimitur quam primum datur Tutoris officium. Dein, ſi mater maneret Tutrix inducto vitrico, Hic matris potens ſine periculo ſui pupilli res intervertere poſſet; Quando autem ipſe Tutor eſt, ſuo & fidejuſſoris ſui nomine tenetur ad indemnitatem pupilli. Quæ ratio facit, ut nec hodie Tutela negetur vitrico ſi vir bonus & locuples ſit, quæ matri ob ſecundas Nuptias adimitur. Adde quæ dix. *lib. 3. Digreſſ. c. 12.*

Juſtinianus Auguſtus.

Sed hodiè ex noſtrâ conſtitutione cum filiusfamilias à Patre naturali extraneæ perſonæ in adoptionem datur, jura Patris naturalis minimè diſſolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum tranſit, NEC IN POTESTATE EJUS EST: *licet ab inteſtato jura ſucceſſionis ei à nobis tributa ſint. §. 2. Inſt. de Adoption.*

1. Hunc locum male habitum & deſcriptum eſſe à Triboniano fidenter adfirmabat nobis D. Wiſſembachius; etſi mollius aliquanto in editis ſcriptis, explicandum eſſe ex authentico ſuo, quod eſt in *l. 10. C. de Adopt.* ſcribit *ad h. t. à pr.* ſcilicet ut non negetur adoptatus ab extraneo eſſe in poteſtate, ſed non eſſe fingatur. At hoc verba Juſtiniani nimine ferre non diſſimulat præceptor ejus Ant. Matthæus *coll. 2. Inſt. diſp. 1. th. 27.* à quo habuit hanc ſententiam; adoptatum ab extraneo eſſe omnino in poteſtate, ſed fingi non eſſe! Cum autem verba *hujus §.* à fictione penitus abhorreant, aliter rem explicare non poſſunt, quam imputando corruptionem hujus loci Triboniano; ac ita cum nihil circuitione utuntur, ſentiunt. Neque tam ut videtur, temere quam difficulter reſponderi poteſt ad textus unde fictionem ſuam probant. Quid enim aliud velle videaur *d. l. 10. à pr. Sancimus, per adoptionem quidem ad extraneam perſonam factam jura naturalis Patris minimè diſſolvi, ſed ita eum permanere, quaſi non fuiſſe in alienam familiam tranſlatus.* Niſi tranſlatio in alienam familiam ſumatur hic, ut ſumi debet haud dubie pro qualicunque adjunctione filiali in alienam domum, ſine effectu poteſtatis, eodem modo, quo adoptati à feminis in earum familias & neceſſitudinem filialem adſciſcuntur *l. 5. C. de Adoption.* Reliqua ad

ad hanc quæstionem pertinentia non repetimus *à Prælect. ad tit. I. de Adoption. n. 3.*

Marcianus Lib. III. Instituit.

Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam Universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ variis ex causis cuique acquiruntur. l. 2. d. Divis. Rer.

1. Ex hoc loco Vir. Cl. & de Juris studio præclare meritus colligit Marcianum ita sentire; Communes atque publicas res nihil habere, quod *solidam sapiat differentiam*, adeoque res easdem esse, publicas & communes, quia de *publicis* nihil Marcianus, ut copiose & facunde disseritur *lib. 1. Probabil. c. 8.* In quâ sententia si fuerit Martianus, non potest, ut effugiat justissimam reprehensionem: quando nec Civili neque Gentium Jure quicquam facile, quod evidentius & efficacius à specie differat opposita, quam publicæ res à communibus distinguuntur, reperiri posse videtur. Justinianus auctor Juris nihilo quam Martianus deterior, sic ait, *in pr. Inst. de Rer. Divis. Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum.* Cui loco è Martiano deprompto sive addiderit Imperator quod deerat; sive è Martiani verbis, unum divisionis membrum exciderit, quod cum hunc locum Cæsar ab eo sumeret, in eo extiterit; id nemo negare sustineat, haud minorem esse Justiniani, res communes à publicis rebus separantis auctoritatem, quam esse queat Martiani: Siquidem is aliter, de natura publicarum rerum, quod nollem factum, senserit. Justiniani verba non dubitat etiam distinctè vertere Theophilus; Τινὰ τῷ φυσικῷ δικαίῳ, ἤτοι Jure Gentium κοινὰ πάντων ἐστι, τινὰ δὲ πίβλικα, ἤτοι δημόσια, id est, *Quædam enim Naturali sive Gentium Jure, communia sunt omnium, quædam publica*, id est, *populi propria.*

2. Dicamus, quo pacto hæ species à se mutuo distent: Communia sunt, quæ sic se habent, *ut primum à natura prodita sunt & in nullius adhuc dominium pervenerunt*, ut aer, aqua profluens, mare & per hoc littora maris, item pisces & feræ, quemadmodum Neratius in *l. 14. d. Acquir. Rer. Dom.* & Justinianus in §. *1. d. tit.* ac ipse Martianus in hac *l. 2. §. 1. & l. 4.* finiunt. Publica verò sunt, quæ in patrimonio liberi alicujus populi sunt, ut idem Neratius in *d. l. 14.* loquitur, quibus accidit occupari à populo certo, veluti flumina & portus, quæ Martianus iterum & Justinianus publica dicunt, à communibus separata locisque posita diversis. Accedit usus gentium notissimus, quæ longe alio Jure in mari libero, quam in fluminibus utuntur. In illo jus navigandi piscandique non patiuntur sibi ab ullis mortalibus, modo injuriæ pares sint, prohiberi vel pretio precibusve concedi: in fluminibus quæ sunt in cujusque ditione, nemo adhuc ultro citroque navigandi piscandique jus, invito Rege vel populo qui terras utrimque teneat, jure sibi gratisque deberi contendit. Quemadmodum igitur res quæ sunt in patrimonio, quæque sunt extra patrimonium, differunt acquisitionis & occupationis jure vel secus, ita manifesto res communes sunt

extra patrimonium & *Nullius*, utpote à nemine in dominium redactæ, sed relictæ in statu, quo à naturâ sunt proditæ. Publicæ à gente aliquâ sunt occupatæ, in patrimonium redactæ, ejusque non aliorum populorum propriæ *dd. ll.* tam patente manifestâque ratione divisionis, quam ullæ species in publico privatove jure reperiantur. Nec aliud facile videas in diversum proferri; quam hoc argumentum; quod JurisCti aliique Scriptores aliquando publica tam latè sumunt, ut etiam communia sub illis comprehendant, quod & Neratius in *d. l.* 14. & Justinianus in citato §. 1. *&* §. 5. *ejusd. tit.* fecere; quandoquidem in Arte Juris nihil esse tritius quam ejusmodi vel latas vel strictas sive proprias verborum significationes, sine rerum & differentiarum quas specificas vocant, præjudicio, tot exemplis fere, quot diversæ in Jure sunt materiæ, constat. Collocavimus hac de re Digressionem in *parte 2. observ. Jur. lib. 2. c. 1.* ubi ad rationes dissentiendi plures responsum est.

3. Sed Martiano quid faciemus? Nec enim si Justinianus & ratio juris gentium communes & publicas res separant, ideo Martianus & hic locus confusionis absolvitur. Fiat crisis & dicatur, excidisse verba hæc; *quædam publica*; Fuisse illa in Martiano, cum Justinianus eum describeret; descriptores Florentini exemplaris, ingeminata voce *quædam* esse deceptos, ut typothetis usu venit hodie nostris. Quod si critici nil, nisi tali auctoritate atque necessitate fundamentorum juris imperante, mutarent, bene ageretur cum Veteribus. Verum si displicet crisis verbalis, ut in sententias & fundamenta juris valeat crisis iniquior; dicam, in his verbis nihil negare Martianum, nec publica sub communibus esse complexum; sed ad contrahendam divisionem, publica sub universitatis rebus comprehendisse, ut aliàs fit: Ulpianus enim in *l.* 17. *d. Verb. signif.* bona civitatum, quæ sunt Universitates, inter publica refert; & sane populus liber, quod ad patrimonium suum attinet, ab universitate nihil habet diversæ comparationis. Quid vero de communibus & publicis rebus Martiano sententiæ sit, indicat in *l.* 4. §. 1. *h.* Ubi postquam naturali jure omnium communia esse docuisset aërem, aquam profluentem, mare & per hoc littora maris, subjungit ita; sed *flumina pene omnia & portus publica sunt.* Ergo non communia jure naturali, ut particula adversativa exigit. Hanc evidentiam cur manu impediamus, pro *Sed*, legendo, *sed &*, vel etiam sine chirurgia per hanc explicationem, quod vocula *sed* aliquando sumatur pro *sed &* causæ non videtur satis. Evidentem oportet esse necessitatem, quæ dictet ejusmodi supplementum, cum heic ratio sit in contrarium, adhiberi. Acquiescamus igitur, fultis, in hoc; Marcianus publica sub Universitatis rebus primo complexus in *l.* 2. ne fieret nimis verbosa partitio; mox eorum discrimen à communibus explicuit in *l.* 4. §. 1. & ab Universitatis rebus in *l.* 6. §. 1. Justinianus in ipsâ divisione discrimen apparere voluit, & rectè, licet omnino ita nec male Martianus.

Mar-

Martianus lib. III. Institut.

Et quidem naturali jure communia sunt illa; Aer, aqua profluens, & mare & per hæc litora maris l.3.§.1.d.Rer.Divis.

1. Est hæc notissima juris Romani omnisque vetustatis eruditæ sententia, mare non minus ac aërem jure naturali & Gentium non venisse in divisionem & dominium, sed mansisse totius humani generis commune, cum occupationis & divisionis facultatem nullam recipiat, nisi quatenus accessio terræ in dominium redactæ fuerit meritoque mirari licet, non modo gentes & Principes, pro eo quod interest sua, verum etiam viros sapientes & eruditos adversam præ se ferre sententiam, Jurisque Romani auctores hac parte erroris arguere, adeoque censuram in hunc Martiani locum aliaque plura moliri. Qua de re latissimus agendi Legesque Romanas tuendi campus erat, nisi hoc argumentum penitus a nobis exhaustum esset in *part.* 1. *Digress. lib.* 4. *c.* 13. & aliquot *seqq.* quæ vel describere, vel in compendium redigere non fert animus. Non magis, quam refellere sententiam huic à Viris doctis præstructam, qua communionem primævam rerum hujus mundi penitus esse commentitiam, volunt; quod esse contra sensus communis dictamen eodem *lib.* 4. *c.* XI. *& sequ.* demonstravimus. Quò proinde Lector facilis se remitti haud ægrè feret.

Florentinus Institut. lib. VI.

Item lapilli, gemmæ, cæteraque, quæ in littore invenimus, jure Naturali statim nostra fiunt. l.3.d.Rer.Divis.

1. Bachovius *ad h. l.* contra sententiam Florentini disputat in hunc modum; *Facile*, inquit, *adsentior Viro doctissimo Antonio Vaccæ, existimanti, ipsos compilatores Juris nostri non satis hanc rem intellexisse, qui passim sine judicio male consarcinatos centones nobis reliquerunt. Et prorsus conjunguntur vitiose gemmæ & lapilli in littore maris, cum his quæ in l.2. in fin. proponuntur*, ubi hæc verba fuerant: *Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa; Aer, aqua profluens, mare & per hæc littora maris.*

2. Responsio. Non satis acutus sum, ut videam, quodnam heic Triboniani vel compilatorum peccatum sit à Florentino seorsum, ut vellent Bachovius & Vacca. Nam si Florentinus rectè scripserit, gemmas, lapillos & cætera in littore inventa jure naturali statim nostra fieri; non male, sed aptissimè subjecit illa Tribonianus aliis rebus jure naturali communibus & occupationi obnoxiis, nominatim ipsis littoribus, ultimo loco in *l.*2. positis. Quod si tota positio, sicut à nobis heic præscripta est, falsa sit, Florentini ille prius quam Triboniani vel compilatorum error esse debet. Plane, si *subjectum*, quod dicitur hujus positionis solum intueamur, male ponuntur inter res naturali jure communes, lapilli, gemmæ & omnia quæ in litoribus inveniuntur; possunt enim esse fortuitò amissa vel

ejecta naufragio, qualia non acquiri inventoribus jure certo proditum est in §. *ult. Inst. de Rer. Div.* Cujus juris auctores quando scribunt, res in litoribus inventas naturali jure nostras fieri, næ sumus iniqui censores, qui hæc dicta aliter quam de rebus nullius è mari in littus ejectis, vel ibi primum natis, vel quorum dominus periit & nullus est, intelligamus, ac ita positionem veram esse fateamur, etsi clarius & certius potuisse collocari non est quod negemus.

Ulpianus L. LXVIII. ad Edictum.

Illud notandum est, aliud esse sacrum locum, aliud sacrarium. Sacer locus est locus consecratus; Sacrarium est locus, in quo sacra reponuntur, quod etiam in ædificio privato esse potest; & solent, qui liberare eum locum religione volunt, sacra inde avocare. l. 9. §. 2. d. Rer. Divis.

1. Cùm Justinianus antiqui Juris digestionem ita susceperit, ut sublato quicquid τὴν ὀρθῶς ἔχειν ἰδέαν, *perperam se habere videbatur*, jus purum & pium exhiberet; male consultum videtur, quod ritus consecrandi & evocandi sacra mere paganus atque idololatricus adhuc implet definitiones Juris.

2. Non possumus negare, consecrationes locorum & evocationes sacrorum esse ritus paganos; Ulpianum, cujus nomen huic loco præfixum est, etiam fuisse paganum; Justinianum fuisse Principem Christianum; sed Tribonianus à Suidâ fuisse dicitur atheus: Cujus rei hoc esse argumentum nemo tamen dixerit. Cur igitur hic locus Ulpiani gentilissimum præferens hic insertus & non sublatus est, tanquam οὐκ ὀρθῶς ἔχων? Certe, quin abesse potuerit hic locus, non est recusandum. Verum tamen est, exponi saltem quid sit in vetere Jurisprudentia locus sacer & sacrarium; Cujusmodi res & loca tempore Justiniani, paganismo necdum penitus obsoleto, adhuc reperiebantur. Cui addendum, quod superstitio; fuit enim Justinianus seculo sexto; jam tum invalescens, sacras res & consecrationes à paganismo vel judaismo ad usum Christiani cultus transferre cœperat. Evocationes quidem sacrorum usitatas fuisse Christianis, non putem; Sed nec in his verbis quicquam ad eorum commendationem extat. Solitos ita duntaxat homines superstitiosos vel paganismo infectos instituere, id in illis commemoratur. Ideoque si abesse potuit hic locus, non est tamen ut ferri nullo modo possit. Nisi quis universam rerum sacrarum, sanctarum & religiosum differentiam è Jure sublatam vellet: quatenus nihil characteris à consecratione vel religione rebus imprimi certum est extra verbum Dei & signa gratiæ, quæ sacramenta vocantur. Quod etsi puritati institutionis evangelicæ consentaneum sit, ut antehac à nobis scriptum & nullo jure à quibusdam reprehensum est, à juris tamen auctoribus nihil quam quod temporibus suis consentaneum esset, collocari potuit. Sanè Tribonianus multa quæ commode è paganismo mutari poterant, emendare non neglexit; quomodo Wissembachius noster observat & inter ejus emblemata refert, quod ubique pro Diis & Jove Deum substituerit. Atheismi Triboniansei probationem Suidæ committimus.

Pompo-

Pomponius Lib. 11. ex var. Lection.

Si quis violaverit muros, capite punitur, ficuti, si quis transcendet scalis admotis, vel aliâ qualibet ratione. Nam Cives Romanos alia quam per portas egredi non licet: cum illud hostile & abominandum: Nam & Romuli frater Remus occisus traditur ob id, quod murum transcendere voluerit. l. ult. d. Divis. rer.

1. Wissembachius post Bachovium & alios ad *h. tit. n. ult. Falsa ratio*, inquit; *ut ipse Romulus imperator & rector populum suum facinore præcelleret, parricidium fecit, inquit Minucius Felix in Octavio.* Et Hieronymus ad Rusticum monachum ep. 4. *Roma, ut condita est, duos fratres simul Reges habere non potuit & parricidio dedicatur, Cui concinit illud Cypriani, Romulum & Remum unum non cepit imperium, quos unum uteri ceperat hospitium.*

3. Atqui non ait Pomponius, hanc rationem esse veram; sed ita *traditum* scribit, ut ipse retulit, quod facile tuetur. Livius, cum veriorem narrasset rei gestæ ordinem, secundum ea, quæ Minutius, Hieronymus, Cyprianus & alii tradidere, subjungit; *Vulgatior fama est, ludibrio fratris Remum novos transiluisse muros; unde ab irato Romulo; quum verbis quoque increpitans adjecisset; sic deinde, quicunque alius transiliet mœnia mea; interfectum.* Forte prior causa, posterior occasio cædis fuit. De fama tantum adseverat Pomponius, quæ ad αἰτιολογίαν ipsi quidem sufficiebat. Non est igitur falsa ratio, si maximè falsa sit historia, quæ forte nec falsa, licet haud integra. Pomponius absolutus est.

Ulpianus Lib. 2. de Senatoribus.

Senatores accipiendum est eos, qui à Patriciis & Consulibus, usque ad omnes illustres Viros, descendunt; quia & hi soli in Senatu sententiam dicere possunt. l. ult. §. 1. d. Senator.

1. Negat hæc esse ab Ulpiano scripta, Wissembachius noster; *Falsò*, inquit, *Ulpiani nomine præscripto.* Et Bachovius ad *h. t.* isque duplici argumento; locutionis primo, quæ non sit ab Ulpiani ævo, *Senatores accipiendum est eos*, sed Tribonianæi magis, degenerantis; Altero, à qualitate Illustrium, quæ sit etiam sequioris ævi.

2. Quod ad priorem attinet rationem, fallitur acumen Bachovianum, vel memoria potius; Ulpianus enim est, qui loquutus est eodem modo; *Socium autem omnium bonorum accipiendum est l. 16. d. re Judic.* Eodem modo æqualis & æmulus ejus Paulus in *l. 19. d. Novation. Exceptionem denegandum est.* Idem ex Sabino antiquiore JCto, *à capite rationem reddendum l. 19. §. 1. d. Negot. gest.* Item, *permittendum est nepti utilem actionem l. 45. sub. fin. Solut. matrim.* Imo & alii Scriptores bene vetusti. Lucretius Lib. 1.

Æternas quoniam pœnas in morte timendum.

Varro de re rust. *Canes acres & paucos habendum.* Pithoe. not. *ad tit. 14. Collat.*

LL.

LL. Mosaic. & Rom. Hæc igitur ratio magis est pro genuina hujus loci, ut sic loquar, Ulpianeitate, quam pro inscriptione falsi in Tribonianum.

3. Melius est argumentum à *dignitate Illustrium* & Patriciorum, quæ Græcanicæ originis sunt, quo respectu Wissembachius etiam noster, *A manu Triboniani hæc verba sunt*, inquit, *loco citato*. Mihi nulla causa videtur, quare prima & ultima verba non sint Ulpiani γνήσια, *Senatores accipiendum est eos, qui in Senatu sententiam dicere possunt*: media verba, *qui à Patriciis & Consulibus usque ad omnes illustres viros descendunt*, esse Triboniani, ratio est quare putemus esse concedendum. Nam quod Patricii Consulibus præponantur & inde fiat descensus ad illustres, id equidem moris longe quam Ulpianus, recentioris est; utpote scriptum ad exemplum ejus, quod in *Nov.* LXII. reperitur, ubi dictat Justinianus; Primum in Senatu locum dari Præfecto urbis; post hunc Patriciis, inde Consulibus, qui nomen & umbram modo antiquæ dignitatis servabant; postea Consulares sedebant ordinarii, tum honorarii, quales qui insignia adepti erant, honoris causâ, honorem non gesserant. Post hos Præfecti & magistri militum & tandem illustrium ordo virorum: Hæc si compendio inseruit huic Legi ultimæ Tribonianus, non refragamur.

4. Dicat aliquis; hic tantum Patricii & Consules memorantur, quorum causâ non opus est Ulpiani textum arguere emblematis. De Patriciis instituti veteris fateamur; de novis, qui Consules præcedant, ut heic ordine fit, negatur. Olim Patricii fuerunt omnes Senatorii ordinis honoratissimi plebejis oppositi. Sed Constantinus Magnus Patriciorum dignitatem commentus est aliam; non qui Patres ciere possent, id est, à Patribus criundi, sed qui Patrum loco Principibus forent intimique à Consiliis; πατὴρ τοῦ κοινοῦ, *Pater Reipubl.* Suidas. Rectius Glossarium vetus; *Patricius est, quem Imperator eligit sibi in Patrem.* Sic enim & Justinianus in §. *filiusfam. Inst. Quib. mod. Patr. pot. solv. & l. ult. C. de Consul.* Hanc Imperator vocat *summam* dignitatem, in *d.* §. *Summam*; *Non quidem gradu*, notat Vinnius *illic*, *nam Consulatus major est*; *sed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas*, auctores laudans Baronem & Contium. Mihi Zeno Imperator alius & melior est auctor in *l.* 3. *C. de Consul. Nemini*, inquit, *ad sublimem Patriciatus honorem*, *qui cæteris omnibus ante ponitur*, *adscendere liceat*; *nisi prius aut Consulatus honore potiatur*, *aut Præfecturæ Prætorio vel Illyrici*, ubi Consulatus & Præfectura Prætorio ponuntur ut gradus adsurgendi ad Patriciatum, qui proinde major est Consulatu, secus ac Vinnius; Cæterum clima à consulatu & Præfectura Prætorio ad Patriciatum, postea remissum est in *N.* 62. Excellentia Patriciatus præ Consulatu etiam ex ordine loci quem Patricius habet priorem in Senatu, adfirmatur in *d. N.* 62. Antecessit etiam Patricius Præfectum Prætorio, qui sequitur Consulem, ut heic etiam in serie Pandectarum Consulis officium præcedit officium Præfecti Prætorio. Zosimus de hoc Patricio agens Constantinum scribit προστῆναι τοὺς ταύτης ἠξιωμένους τῶν τῆς αὐλῆς ὑπάρχων, *præposuisse eum Patricios Præfectis Prætorio.* Et tamen Præfectus Urbi præcedit omnes *d. N.* 62. Imo vero Præfectus Prætorio major est omnibus, ἔχει γὰρ δὴ δευτέραν ἀρχὴν μετὰ τὸ σκῆπτρον, *proximam Imperatoria potestatem*, ut idem Zosimus; Ab ejus sententia non potest appellari Princeps *l. un.* §. 1. *d. Off. Præf. Præt.* contra quàm à sen-

sententia Præfecti Urbis *l.* 38. *d. Minor.* Sed distinguendum reor, inter potestatem & dignitatem, illâ vincit Prætorio Præfectus Consulem & urbis Præfectum, dignitate superant isti, saltem in ordine senatus; nam alioqui dignitate pares habentur. *l.* 1. *C. de Off. Præf. Præt.* Temporibus etiam discrepant. Dignitas enim Præfecti Urbis in urbe & in Senatu præcelluit ab eo tempore, quo Præfectura Prætorii ab urbe remota & distributa est in Orientem, Illyricum, Galliam & Africam, quod Constantinus Magnus instituit, referente Zosimo *lib.* 2. & dignitatis discrimen indicat Justinianus in *d. N.* 62.

5. Superest de *Illustribus* in textu proposito. Hanc vocem apud Romam veterem Senatoribus peculiarem fuisse non legimus. In Codice passim occurrit, *& notat dignitatem omnibus aliis superiorem, quæ cæteros omnes antecederet,* ut tradit Brissonius de *V.S. voce Illustris.* Cum quo non laudatus Brissonio, consentit Isidorus in *lib.* 9. *Origin. c.* 4. *Primi Ordines Senatorum dicuntur,* inquit, *illustres, secundi spectabiles, tertii Clarissimi, jam inferius quartum aliquod genus non extat.* Acquiescerem ego; nisi *illustrium* significatio non conveniret cum hoc emblemate Triboniani, quod ab ipso ἐμβλῆμα injectum est in hunc textum & auctoritatem habet ejus temporis indubitatam. Dicit enim Senatores esse omnes, qui jus habent dicendi sententiam in Senatu, *inde à Patriciis & Consulibus usque ad illustres,* qua voce proinde cuncti Senatores etiam inferiores comprehendi necessarium videtur. Idem indicatur in Nov. LXII. quam esse authenticam nostri emblematis, saltem ejus explicatoriam, antea demonstravimus. Ibi enim cum enumerati essent ordines Senatorum, juxta quàm Senatus agebat conventus suos in hippodromis, hæc verba subjunguntur: *Et post hos Præfectorum & magistrorum militum & illustrium virorum ordo ponatur, omnes autem isti habeant facultatem, in Senatu sententiam dicere.* In illustribus ordo senatorius clauditur, eodem quo in hac *l. ult.* modo. Ubi igitur illustris ordo supremus omnium? Vide ne non rectius Glossarium vetus, *τῶ Illustrium* interpretetur ἀξιωματικῶν ἢ συγκλητικῶν *insignium vel Senatoriorum.* Textus etiam à Brissonio citatos excutienti vix apparebit, hosce titulos in stabile discrimen honorum certorumque graduum invaluisse; verum & illustres dici aliquando clarissimos, spectabiles, & parum abest, quin sæpius illa verba promiscuè accipiantur, ut in *l.* 22. *C. de Episc. vid. Nov.* 7. *in pr. & cap.* 1. quemadmodum etymologia facile fert, ut illustres & clari idem significent; etsi usus aliter ferre potest hodieque aliter fert; nisi quod eruditi è Galliâ quidam clari homines se nomine illustrium mutuo nuper honestare cœperunt, ut in Germania *Excellentiæ* adhibentur.

6. Postremò, non videntur mihi Bachovius & Wissembachius aliique Tribonianum jure merito calumniæ falsive reum propter hoc ἐμβλῆμα, sive hanc injectionem peragere, si respiciamus ad id quod Imperatorem Justinianum in Constitutione *dedit Deus,* profitentem audivimus; se omnem Pandectarum contextum facere suum, nec quicquam aliter quam τῇ αὐτοῦ γνώμῃ pro ipsius sententia, consequenter & usu temporis acceptum velle; præmonitis Lectoribus, ut se nominibus auctorum supra scriptis decipi ne paterentur; ea tantum honoris & memoriæ causa esse præfixa: ubique se loquentem præsumerent exaudiendum; Quod ei non licuisse hoc modo instituere, nemo cum ratione contendere potest.

An autem id usquequaque præstiterit æquabiliter, in locis, quæ posthac arguentur, videndum. Heic quidem loci compilatores absolvendos puto.

Aurelius Arcadius Charisius magister libellorum, libro singulari de officio Præfecti Prætorio.

Breviter commemorare necesse est; unde constituendi Præfectorum Prætorio officii origo manaverit &c. l. Un. d. Off. Præf. Præt.

1. Præfectus Prætorio sine Prætorio, quod *locus* sit, res ἄτοπος, *absurda.* Nam τὸ ἄτοπον, quod vertitur, *absurdum*, græcè nihil est aliud, quam non habens *locum*. Qui volunt igitur Præfectum Prætorio non habuisse Prætorium quod fuerit *locus*, Præfecturam Prætorio ἄτοπον, id est, absurdam faciunt, quod est contra hanc Rubricam. Pauci tamen sed clari & docti homines ita sentiunt; Præfectum Prætorio sub Cæsaribus non habuisse Prætorium, quod fuerit *locus*; secus ac alii æquè docti homines & clari sed multo plures, existimarunt: quorum plerique Aulam sive Palatium & Prætorium habent pro synonymis, quod usus veterum in ipsâ Urbe Roma parum probat. Nos id non postulamus, sed Prætorium fuisse apud Aulam sive palatium ejusque partem fuisse arbitramur. Cæterum, non eruditorum hujus ævi numerus, sed auctoritas è veterum testimoniis ad rem pertinet. Jam scio, neminem expectaturum, ut quæstionem, de qua spissus liber editus est in lucem, heic denuo persequamur.

2. Hoc unum omittere non possum; quo demonstrem, Prætorium fuisse *locum*, non cohortes sparsas, ut volunt dissentientes; nam hæ nihil ad jus, quo sane pertinet hoc officium. Ante tempus Augusti Prætorium fuisse *locum*, scilicet, Imperatoris tabernaculum in castris, In provinciis *Prætorium* esse locum; utique Prætoria sumi pro locis, hæc sunt in confessis. Augustum in urbe habuisse Prætorium apud Palatium, non possunt negare Dioni, nominatim id adfirmanti in *lib.* LIII. Nec negant, sed ajunt fuisse locum, in quo tenderent milites Prætoriani. Bene est, nihil amplius postulo, quam quod *locus* fuit apud Palatium. Fuit apud idem Palatium, Cæsaris & Prætorio Præfecti *auditorium*, domus judicialis, οἶκος δικαστήριον, ut ipsi agnoscunt ex Herodiano. Fuit igitur Prætorium, locus apud Palatium Cæsaris; fuit ibidem Auditorium judiciale. Ego utrumque conjungo; ut Prætorium pars judicialis & excubitoria Palatii fuerit. Illi conjunctionem nolunt, diversitatem situs non monstrant. Meum inter alia multa, probo ex apologiâ Pauli, sive ex manifestatione causæ suæ, quam illi viderint, quid sit aliud quam apologia. Hanc manifestationem Paulus *ad Philippenses c.* I. scribit usu venisse in Prætorio. Sic teneo, Prætorium fuisse locum Palatinum, in quo milites excubarent, Prætoriani inde dicti, & in quo rei criminum manifestarent Innocentiam suam, ubi judicia agebantur. Lector concludat, si velit, nisi ad sumere malit, Paulum manifestationem innocentiæ suæ, fecisse apud milites Prætorianos, domum suam commeantes, ut novus Auctor voluit, quo nescio an quicquam ἀπονενοημένοις sani hominibus judicii in mentem venire potuisset.

3. Si-

3. Simul teneat responsum ad duo dissentiendi argumenta, obiter. Primum, quod Prætorium in Urbe Româ nusquam pro aula Principis aut loco memoretur, apud Latinos Scriptores. Ego, nec opus est; quia pars domus modica magnæ non capit nomen seorsim. Altera objectio; Tacitus (nemo alius adducitur) Prætorium usurpat pro cohortibus Prætorianis. Ego; inde non sequitur, non fuisse locum apud Palatium, quod Prætorii nomen habuerit, à quo cohortes ibi vicibus excubantes Prætorianæ dictæ sint *è Prætorio*, non Prætorium. Quid si & ita in casu recto? Translatio foret subjecti pro adjuncto, continentis pro contento, quam vocant, haud insolens Taciti stylo. Sic habet summa disputationis; cui velim addas; à Constantino Magno Præfecturam Prætorii divisam esse bifariam. Primo in quatuor Præfecturas regionibus Imperii discretas. Singulæ rursus in binas species distinctæ sunt, civilem & militarem. Jam si Prætorio Præfecti militarem & civilem, ut est, habuerint potestatem, Prætorium verò nihil quam cohortes militum fuisset, vox Prætorii ad officium militare vel unice vel imprimis referri debebat. Proinde cui in divisione, militaris potestas in Cohortes obtigisset, hic Prætorio Præfectus; alter civilem nactus potestatem, alio nomine distinctus fuisset. Contra usu venit; Nam qui civilem accepit potestatem duntaxat, hic Prætorio Præfectus; Militiæ autem Prætorianæ & Legionibus præpositus, Comes rei militaris est dictus, στρατηλάτης, ut Zosimus in *lib.* 2. Hoc argumento est, Constantinum Latinis suetum vocibus & institutis, hominesque ejus ævi, voce Prætorii non cohortes sed juridicam sedem intellexisse. Jam porrò collige, Prætorium ante Augustum non fuit militia; Tempore Constantini non fuit militia. Dic, quando cœperit esse militia, non locus, unde milites dicti sint Prætoriani. Sed intelligo, hujusmodi collectionibus abripi nos ad concertationem, cujus prolixitas magnum satis malum est, in *libro de Prætorio.* Subsistimus in loco, quem satis est vindicasse Aurelio Arcadio Charisio magistro libellorum, cujus nomen suprà scriptum est.

Julianus lib. 1. ad Edictum.

Præfectus Urbi cum terminos Urbis exierit, potestatem non habet: extra urbem potest jubere judicare l. ult. d. Off. Præf. urb.

1. Hæ quidem contradictoriæ positiones videntur. Termini urbis sunt termini Jurisdictionis Præfecti ejus, qui extra illam non habet potestatem; siquidem nemo extra territorium suum jus dicere potest, vel si dicit jus, impune non paretur *l. ult. d. Jurisdict.* Atqui jubere judicare est Jurisdictio; est enim judicis dandi licentia *l.* 3. *in fin. d. t. de Jurisd.* Quomodo igitur, qui potestatem non habet extra urbem, illic jubere judicare potest? Hæc non cohærent. Ideo docti Viri lectionem sollicitant.

2. Corasius verba legis in *comment. ad h. t.* sic edidit; *Præfectus Urbi cum terminos exierit, potestatem non habet; extra tamen potest judicare.* Intelligit non terminos urbis sed Italiæ, intra quos Præfectum Urbi jus dicere posse tradit idem Ulpianus auctor hujus Legis *in pr. l.* 1. *h. t.* Sed tunc eadem manet difficultas;

quomodo extra eosdem terminos jubere judicare possit Debebat vocem quam sustulit in primâ parte Corasius *urbis*, addere in secundâ positione, loco ꝙ *tamen* hoc modo; *Præfectus Urbi cum terminos exierit, potestatem non habet: extra urbem potest jubere judicare*. Sic enim sensus esset juridicus, cessare potestatem ejus *extra terminos* Italiæ, sive spatii *centum millium ab Urbe &c.* quemadmodum explicatur vel restringitur, quod prius de Italiâ dictum erat, in §. 4. Sed esse discrimen potestatis ejus, dum est in urbe, & quando est extra. Nam in Urbe, ubi sedem imperii habet, ipse judicat; extra urbem ipse non dicit jus, verumtamen dare potest judicem. Hic sensus aliquanto commodior est, quam est is, quem Hotomannus infert *l.* 4. *obs.* 13. qui minori laceratione textus, pro *extra urbem* in secunda positione legit, *intra urbem* Sed est valde frigidum & otiosum, postquam dixerat JCtus, Præfectum urbi extra terminos urbis non habere potestatem, subjicere, cum intra urbem posse jubere judicare; cur etiam tunc non *Judicare?* Magis placeret, inter duas hujus textus positiones adspergi particulam *Nec*, *Præfectus urbi cum terminos urbis exierit, potestatem non habet*; NEC *extra urbem jubere judicare potest*; ut ultima sit ampliatio prioris, tali sensu; Præfectus urbi nullam habet potestatem extra urbem, adeo quidem, ut nec judicem extra urbem dare possit.

3. Verumtamen magis est, ut à lectione Florentinâ recedendum non videatur, quod sine ultima necessitate non admitti, interest vehementer Jurisprudentiæ. Sententia Ulpiani in positionibus nostrâ Lege collocatis hoc modo commodè intelligi potest, Præfectus urbi sedem Jurisdictionis suæ habet in urbe, nec eam extra urbem collocare potest; attamen quia cognoscere & judicare potest de criminibus, quæcunque intra centesimum ab urbe lapidem committuntur, mittere potest, qui extra urbem suo jussu de criminibus foris, intra terminos officio suo præscriptos, judicet. Hæc medicina sufficit ἄνευ χειρουργίας.

Ulpianus lib. XXXVIII. ad Sabinum.

Barbarius Philippus, cum servus fugitivus esset, Romæ Præturam petiit & Prætor designatus est. Sed nihil ei servitutem obstetisse, ait Pomponius, quasi Prætor non fuerit. Atqui, verum est, Prætura eum functum. Et tamen videamus; si servus quamdiu latuit (in) dignitate Prætoriâ functus sit. Quid dicemus, quæ edixit, quæ decrevit, nullius fore momenti? an fore, propter eorum utilitatem, qui apud eum egerunt, vel Lege quo vel alio Jure. Et verum puto, nihil eorum reprobari; hoc enim humanius est, cum etiam potuit populus Rom. servo decernere hanc potestatem: sed & si scisset, servum esse, liberum effecisset. Quod jus multo magis in Imperatore observandum est. l. 3. *d. Off. Prat.*

1. Hic textus vulgo obscurus, perplexus & erroris auctor habetur; ideo multum vexatus, etiam correctus an *corruptus*, ut ait Wissembachius ad *b. tit.* à τῷ μακαρίτῃ Salmasio, in *observ. ad jus Att. & Rom. c.* 14. Non capit hoc institutum prolixam hujusce textus expositionem; Dabimus aliquam paraphrasin, quæ sit instar γλώσσης & tollat ineptiam è concisa oratione, qua visum est uti Ulpiano.

2. Bar-

3. *Barbarius Philippicus* tempore triumvirali, *cum servus fugitivus esset*, Antonii favore *Praturam petiit*, & pro libero habitus, *Prator designatus est*; *sed nihil ei servitutem obstitisse ait Pomponius*, *quasi* idcirco *prator non fuerit*, ut quidam voluerunt. *Atqui* Ut mihi videtur non fuit revera Prætor, etsi *verum est*, *eum pratura functum*. Et tamen de hoc ipso *videamus*; *si servus*, *quamdiu latuit in dignitate Pratoria*, vere *functus sit ea*. *Quid*, inquam, *dicemus*; *qua edixit*, *qua decrevit*, *nullius fore momenti*, quia servus fuit? *an fore valida*, *propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt*, *vel lege*, *vel quo alio jure?* Et *hoc* præfero, *Est enim humanius*; ex tacitâ *populi Romani* voluntate, *qui potuit etiam servo*, *si voluisset*, *decernere potestatem* Prætoriam, vel potius, ut acta valerent, *si scisset*, *servum esse*, *liberum effecisset*. *Quod jus* acta rata habendi, ex præsumpta voluntate, *multo magis in Imperatore*, qui jus populi habet, *observandum est*. Hæc ad sensum Ulpiani adferendum sufficiant; etiam ad refellendum quod vir Cl. A Matthæus *disp.* 10 *Fundam Jur. cujus inscriptio*, *JCti sæpe principium petunt*; istam rationem *hoc enim humanius est &c.* refert inter rationes otiosas ac inertes. Item ad refutandum quod hinc vulgò educitur, errorem jus facere, quod usque eo producunt, ut etiam valere gesta per fæminam errore communi pro viro habitam & ad summum Pontificatum provectam, qualem fuisse aliquando Papissam volunt, existimet Jason *ad h.l.n.*57. quod refellit, scilicet, Zoesius *ad h.t.* Rectius dixeris, errorem aliquando non impedire, quominus aliqui actus effectum juris obtineant, è tacita voluntate ejus qui τὸ κῦρος Civitatis habet, qui proinde causa Juris est, non error. Alias observationes passim apud Interpretes, obvias non attingimus. Vide-sis Busium & Zoesium hic post Goveanum 1. *var. lect.* 6. Cujac. 18. *obs.* 33. Corasium *in comment. ad h.l.* 3. Historiam Barbarii, vel Barbici habet Suidas *in Barbico*.

Martianus Lib. 1. Institut.

Apud Legatum Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem l. 2. §. 1. *d. Off. Proconf. & Leg.*

1. D. Ant. Matthæus *disp.* x. *fundam. Jur. th* 2. *Sæpe numero apud Juris auctores*, inquit, *otiosas ac inertes rationes invenias*, *qua vel duntaxat adornatum spectent*, *vel bis idem inculcent*, *vel à sententiâ propositâ penitus aliena videantur*, *denique tales sint*, *ut non immerito rationem in ratione desideres*. *Exemplis nonnullis id ostendam*, ait, quorum primum *è textu præsente petitum est*, in quo ratio videtur esse ætiologica verbis, sed tautologica re ipsa, perinde enim est ac si diceret, *jus manumittendi non habet*, *quia tale jus non habet*. Ego de hoc quidem textu aliter existimo & hanc rationem reddo. Quædam Magistratibus competunt Jure magistratus ordinario, quædam nonnisi ex speciali Lege vel Constitutione Principis, & hæc opponuntur officio Magistratus *l.* 6. §. 2. *d. Tit.* Quando igitur Magistratui tale quid negatur, quod legem requirit specialem, si quæras, quamobrem id ei negetur, ἐμφατικῶς hæc ratio redditur; quia non accepit Jurisdictionem talem, quæ lege videlicet aut constitutione speciali competere debe-

debebat; cum, si rebus ordinariæ Jurisdictionis hæc ratio adscriberetur, utique tautologia esset. Atqui ad extraordinarium genus rerum, quæ non ex Jurisdictione simplici, sed ex Lege speciali Magistratui competunt, pertinet etiam manumissio, de qua in hoc textu, juxta reliquos actus voluntariæ expeditionis *l.* 4. *d. tit. de Off. Proc. & Leg. l.* 4. *d. Adopt. l.* 1. *C. eod.* Hæc expositio fiet evidentior ex his quæ dicentur ad *l. sequentem.*

Callistratus lib. VI. de Cognitione.

Procuratores Cæsaris jus deportandi non habent; quia hujus pœnæ constituendæ jus non habent. l. ult. in pr. d. Offic. Procur. Cæs.

1. Ejusdem hic textus est notæ cum præcedente; Tautologia manifesta, vel *petitio principii*, ut D. Matthæus *d. disput. th.* 3. censet. Quod an ita se habeat, ut videamus, placet hujus loci positionem mutare in quæstionem. An procurator Cæsaris, jus deportandi habeat? Fuerunt autem Procuratores Cæsaris vel mere rationales, qui rem Cæsaris, id est, Fiscalia & patrimonialia curabant *l.* 1. *&* 2. *h. t.* vel qui jus Præsidis habebant, qualis Pontius Pilatus in Judæâ, Tacito Procurator Cæsaris dictus *l.* 15. *Annal.* quem Matthæus in Euangelio *c.* 27. *n.* 2. & Josephus 18. *Antiquit. c.* 5. vocant ἡγεμόνα *Præsidem.* De hoc quæritur, an jus deportandi habeat. Negatur. Oppono; Habet jus Præsidis & merum Imperium *l.* 4. *C. ad L. Fab. de plag. l.* 2. *de pœn.* adeoque jus cruci figendi, quod Pilatus habuit & sine controversia provincialium & sine notâ Taciti exercuit. Quidni igitur deportandi jus, quod est multo minus, habeat? Respondet aptissime Callistratus, quia hujus pœnæ constituendæ jus non habet; minime ταυτολόγως, *inerter aut frigidè.* Vult dicere; non sufficit, quod habet jus Præsidis & merum imperium, quia jus deportandi non habet, nisi potestatem ad hanc pœnam constituendam specialiter acceperit. Quid? quod ipse Præses, qui jus gladii, in metallum dandi & quælibet ultima supplicia irrogandi habuit *l.* 6. §. 8 *d. Jur. Præs.* tamen deportare non potuit. Nam Præsidem deportare non posse, nulla dubitatio est, scribit Ulpianus in *l.* 2. §. 1. *d. Pœn.* De hoc ἀσυστάτῳ vel παραλόγῳ & prope absurdo, circa Præsidis officium, homines docti enixè laborant. Distinctionem Merillii & Wissembachii, inter Præsides universarum & singularum Provinciarum, non valere demonstravimus in *lib.* 3. *Digress. c.* 7. *& in Prælect. ad tit. ff. de Offic. Præs.* Quur igitur Præses, aut Rationalis aut Procurator Cæsaris, etsi jus gladii habeant, non possunt deportare, nisi acceperint *hujus pœnæ constituendæ jus* specialiter? Quia deportatio fuit pœna *Status*, ut sic loquar, illustribus aut notabilibus irrogari solita personis quam Principes sibi vel suæ dispositioni peculiari reservarunt, ut in *locis citatis* probavimus. In *l.* 1. §. 4. *d. Legat* 3. ubi enumerantur, quibus hoc jus constituendi pœnam deportationis datum est, verba sunt Ulpiani: *A Præfectu vero Prætorio, vel eo qui vice Præfecti ex mandato Principis cognoscet, item à Præfecto urbis deportatos; quia ei quoque epistolâ Divi Severi & Imperatoris nostri jus deportandi datum est, statim amittere civitatem.* Quomodo autem Præsides & qui

qui jus Præsidum habent, Procuratores, in deportando procedere debeant Ulpianus docet in *l. 6. §. 1. d. Interd. & releg. Præsides*, inquit, *Provinciæ quoties aliquem in insulam deportandum putent, hoc ipsum adnotare debent; Nomen vero ejus scribendum Principi, ut in insulam deportetur: sic deinde Principi scribere, missâ plenâ opinione, ut Princeps æstimet, an sequenda sit ejus sententia deportarique in insulam debeat.* Sic etiam Præsides non potuerunt liberam mortis facultatem præbere damnatis, etsi ad mortem damnare potuerint *l. 8. §. 1. d. Pœn.* Dictum satis est, ex quo Censuræ in hunc locum iniquitas agnosci potest.

Ulpianus lib. 1. de Off. Proconſ.

Non vero in totum Xeniis abstinere debebit Proconsul, sed modum adjicere: neque morose in totum abstineat, neque avare modum xeniorum excedat; quam rem Divus Severus & Imperator Antoninus elegantissimè epistolâ sunt moderati, cujus epistolæ verba hæc sunt. Quantum ad Xenia pertinet, audi, quid sentiamus: Vetus proverbium est, οὔτι πάντα, οὔτι πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων; nec omnia, nec omni tempore, nec ab omnibus. Nam valde inhumanum est, à nemine accipere, sed passim vilissimum & omnia avarissimum. Et quod mandatis continetur, ne donum vel munus Proconsul, vel qui in ejus officio erit, accipiat ematve quid, nisi victus quotidiani causâ, ad xeniola non pertinet, sed ad ea quæ edulium excedant usum. Sed nec Xenia producenda sunt ad munerum qualitatem l. 6. §. 3. d. Procons.

1. Primo quidem grammaticus nolim Censor accedat, qualis *Calepinus*, qui in voce *Non*; docet, Latine dici, *non autem*, Latine non dici, *non verò*. Ulpianus sibi ipse idoneus auctor est in contrarium: Sunt enim auctores Pandectarum suo merito classici, ut loquuntur, nec accipimus hanc quidem Censuram etsi verum est, usitatius & forte commodius dici *non autem*, quam *non vero*, nec si magis hoc observandum quis putet, quam imitandum, valde refragemur; etsi quod vulgò parum ad hoc attenditur, etiam ab his, quibus id studium vita est, non tam reprehendimus, quam exemplum esse nolumus.

2. Altera est à re ipsâ prægnantior censura. Male consultum videtur, quod hac xeniorum indulgentiâ Magistratibus occasio corruptionis suppeditata fuit; experientiâ docente, nihil esse pronius, quam ut xenia producantur ad munerum qualitatem, quod ut Legibus, quemadmodum heic fit, restringatur, usque perrumpit. Unde Groenewegius *tract. de Legib. abr. ad h. t.* mores hodiernos ad hanc indulgentiam, ut bonis moribus adversam non convenire scribit, laudans Bugnonium, Meinardum aliosque ὁμοψήφους, de usu populorum idem sentientes. Fuit eadem sententia Procerum Belgii Fœderati, quando post pacem Monasteriensem, Magistratibus & nominatim Legatis suis non modo vetuerunt accipere dona, munera, sed etiam xenia, subfide Jurisjurandi, & pœnâ repetundarum; quæ Lex observantiam integræ fere generationis humanæ tulit; verum exinde quasi postliminio res exiit, evasit, erupit in veterem consuetudinem, admissis non modo xeniis, sed etiam donis & muneribus in Legatis, non æquè in Magistra-

gistratibus; Etsi in his quo rigidior est prohibitio, infestior solet esse παρανομίας, sed facti non juris; hæc autem Legis Civilis indulgentia juris quoque speciem induit Corruptioni, de quâ dictum vetus est,

Δῶρα θεοὺς πείθει, καὶ αἰδοίους βασιλῆας.

Dona Deos vertunt ipsos, regesque timendos;

ut etiam xenia si minus animos invadant, tamen illis obrepant: Inani limitatione; quando ita compertum est, solere facilius homines abstinere præcisè, quam modice vetitis & concupitis uti.

3. Pro defensione Juris Romani Groenewegius, obtinuisse monet, respectu Præsidum & Proconsulum, qui procul à domo in Provinciis peregrinabantur, à quibus nostri Magistratus domi res agentes, separandi sint. Infirma ratio & ἀπροσδιόνυσος, quæ magis hodie militet in Legatis, quibus tamen hanc rem, à nostratibus imprimis, vetitam fuisse diximus. Id agendum potius, ut hanc Romanæ disciplinæ partem sine fuco & ineptiis, rectâ viâ defendamus; uti nec in se turpem, nec ob periculum consequentiæ vituperandam. Miseros oporteat esse Magistratus de vili plebe non solitos eligi, qui vilibus edulium xeniolis à rigore justitiæ in transversum agantur. Magis est, ut tam abruptus rigor ad morositatem & horridam inhumanitatem, quam ad integritatem & abstinentiam accedere videatur, ac ita plerisque de ipso Belgarum erga Legatos suos instituto, quamdiu in hoc rigore duravit, visum fuit, etiam aliquando in hoc exemplo; Legatis Belgicis sapientissimis viris anno hujus seculi LVI. à magnificâ Gedanensium Republica, pro more xenia fuerant oblata, recusata scilicet. Rectores urbis pro sua generositate cum legatos dimittere nollent inhonoratos, convivium se illisque dignum apparari jusserunt, in quo xenia consumpta, & aliquanto plus, ut res erat, impensum fuit. Inter epulares fabellas non omissa fuit hæc comparatio, habere legatos xenia juxta convivales lautitias, quæ etsi longe pluris, quam xenia, tamen non essent prohibitæ. Temperamentum Severi & Antonini plenum est moderationis, elegantiæ & humanitatis: Quin si, quod res est, dicendum, pejor est hominum de tam præcisâ severitate in occultum, quam de simplici & apertâ xeniorum admissione præsumptio. Nec fidem habeam Gronewegio, nostris Judicibus hæc promiscuæ humanitatis imitamenta esse interdicta; non utique in nostra Curia, quæ cum nulli in Belgis sanctitate vel gravitate cedat, Etsi morem accipiendi xenia, cum Cæsareo hujus loci temperamento, sine ulla in deterius hominum suspicione, rarius usurpet, haud tamen existimavit esse prohibendam.

Ulpianus lib. 1. Opinion.

Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur, & ideo Præses provinciæ id sequatur, quod convenit eum ex fide eorum quæ probabuntur existimare. *l.* 6. §. 1. *d. Off. Præs.*

1. Obscuritas & iniquitas hujus loci arguitur. Obscuritas consequentiæ haud galatitia videtur; *Veritas rerum gestarum erroribus non vitiatur*; Id est, non er-

ror

tor, sed veritas rei gestæ judicem movere debet. Bene; sed quid inde sequitur? Ideo Præses acta & probata sequi debet, idque licet aliter ipsi de facto constet, ut communiter hinc observatur. Hoc non cohæret, nam ita veritas per errorem vitiatur. Quod enim scit Judex, id est verum, quod probatur, id est erroneum: & tamen id sequi debet Præses, quod idem scilicet *iniquum* est. Cui absurdo amoliendo multi hunc ajunt hujus loci sensum videri, non esse judicandum secundum acta & probata, si ab allegatis & probatis veritas rei aliter judici visa fuerit, ut Zoesius loquitur *hic* & descripsit ex eo Gotofredus. Sic etiam Corasius 4. *miscell. c.* 40. Idque valde probat, aliorumque interpretationes contemnit Groenewegius ad *h. l.* Verius est, nec interpretationem hanc esse rectam neque sententiam. Non interpretatio, quia ex thesi, *veritas errore non vitiatur*, ab Ulpiano educitur hoc *πόρισμα*; Ergo sequendum est id quod probatum fuerit, quod pro vero habetur, eique opponuntur errores opinionum aut *gestorum* sive *actorum* mendæ. Nam Hotomannus haud inconcinne legit hoc modo; *Veritas rerum, erroribus gestorum, non vitiatur*, ut *gesta* sint acta judicialia ut in *l. ult. C. de Judic.* Nam trajectio illa verborum, in editione Florentinâ, *veritas rerum erroribus gestarum*, non est valde Ulpianæa. Certe ista propositio quam illi ex his verbis afferunt, non bene descendit ad literam, ut Accursius ajebat. Nec etiam pro sententia Juris satis tutum est, Judici potestatem facere, prætextu scientiæ suæ quæ tam ficta, quam vera esse potest, contra fidem actorum, demptis mendis, & contra testium adseverationes judicare de causis facti; quâ de re graviter Cujacius in *lib.* 12. *Obs. c.* 19. nec minus graviter Africanus junior, qui Censor C. Licinium Sacerdotem, quem pejerasse sciebat, cum aliunde probari non posset, notare non sustinuit, ut auctor est Valerius Maximus.

2 Quid igitur, an contra suam conscientiam feret sententiam, qui judicare debet ita, ut *religio illi suggerit l.* 79. §. 1. *d Judic.*? Enimvero quominus absolvat accusatum non debet eum deterrere conscientia, si quem ipse novit esse reum, hunc à testibus absolvi aut à nemine convinci videt, aut accusari: quando non ex sola scientiâ sed è præscripto Legum, quarum minister est, officium exercere debet. Ut verò innocentem à se cognitum damnet, facere non oportet; excusare se hactenus à judicando satius est. Hoc Azo consilium dedit Præsidi Bononiensi, etiam in priore casu, quo testimonium perhibere posset. Et tutius est hoc quidem, si quis officii publici necessitatem à conspectu simplici conscientiæ suæ dividere nequeat. Aliter senserunt in Curia Frisiorum, qui olim formulam Jurisjurandi Advocatis præscripserunt, hac inter alias exactâ promissione, quæ adhuc durat & præstatur; causam malam scientes non suscepturos aut si talem ex post facto deprehendant, nihil se dicturos aut scripturos, *nisi quod dicere vel scribere jussi fuerint*. Ergo quæ falsa, iniqua esse sciunt, ea dicere possunt? Ita non ex suâ conscientiâ verum ex officio Advocatorio & vocis aut calami addictæ addictive clientibus suis ministerio, ut quidem videtur; nisi his alia mens sit, quod meliori ego quidem interpreti relinquo. Legatos omni die multa dicere cogunt Principes, quæ sciunt illi secus se habere. Moniti hac de re Legati cujusdam illustris & Potentis Reipubl. ad Regem Sveciæ anno MDCLVII. à Pastore suo, quod ex ipso

accepi, responderunt, se nosse divisionem suæ conscientiæ à necessitate ministerii publici.

3. Verum sive hac distinctione conscientiæ seorsim consulatur, sive illa perplexitas ipsam involvat, an opus est, ut hunc locum ab illâ ancipiti controversiâ vindicemus? Mihi non videtur: Nulla enim hic oppositio inter conscientiam & acta, probata; sed monitum simplex, non esse quod judices, erroribus opinionum occupari se patiantur; esse quod sequantur, solidius, quod ex probationibus liquet, *eos convenire* (sequi) ut videtur subintelligendum, aut *existimare:* Aliter enim hæc phrasis, *convenit eum*, δέον ἐστὶν, vix latina fuerit. Quæstionem de conflictu probationum scientiæque alibi tractavimus, ad *tit. Inst. de Off. Jud.* quibus hæc, & his illic dicta jungi velim.



EU-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

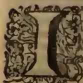
JUXTA

LIBRUM II.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. II. de Off. Quæst.



Mperium aut merum est aut mixtum est. Merum Imperium est, habere gladii potestatem, ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam Potestas appellatur. Mixtum est Imperium, cui etiam Jurisdictio inest, quod in dandâ bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia. l. 3. d. Jurisdict.

1. Vir Cl. Antonius Matthæus scripsit inter fundamentales unam disputationem, cujus hæc inscriptio est, *Capita quædam Juris non admodum inter se cohærentia.* Inter quæ, textus supra scriptus, si quis alius, meritò referri posse videtur. De mero Imperio nihil ad hoc institutum pertinens movebimus. Sed Imperii vox opposita Jurisdictioni, quæ est civilis Magistratuum potestas, significat armatam potestatem, quæ Magistratibus olim à populo speciali Lege Curiatâ nominatim dabatur, ut Festus in *Imper.* Hoc ita in Præfectis Provinciarum, æquè in Magistratibus urbanis obtinuit, ut Jurisdictio quidem illis hoc ipso, quod erant Magistratus, Imperium non aliter quam ex Lege speciali competeret. Quia tamen Jurisdictio sine ulla potestate armata res inefficax & elumbis erat, placuit, minores imperii partes, quæ modicam facerent coërcitionem, ab Imperio decerpere & cum Jurisdictione conjungere, quam potestatem dixere *Mixtum Imperium*, quia Jurisdictioni conjunctum & cum ea quasi mixtum erat. Reliquæ partes Imperii superiores, seorsim à Jurisdictione semper habitæ in oppositione mixti, Merum Imperium dictæ sunt: Nam merum est, quod non est mixtum. Omne igitur Imperium ex usu vocis antiquo, armorum jure constabat. Merum gladii potestate, *hac l.* 3. Mixtum modicâ coërcitione *l. ult.* §. 1. *d Off. ej. cui mand. Jurisdict.* ubi Paulus, mandata Jurisdictione docens imperium, quod non est merum, transire, hanc reddit rationem, quia *Jurisdictio*

sine medicâ coërcitione nulla est; eoque pertinet mulctæ dictio, pignorum capio, manus militaris, Carcer & reliqui executionis modi, adeò ad Jurisdictionem explicandam necessarii, ut ne Magistratibus quidem municipalibus negentur *l. ult. d. decret. ab Ord. fac. l.* 29. §. 7. *ad L. Aquil.* sicut iisdem tribuitur modica castigatio *l.* 12. *d. Jurisd.*

2. Sed cum hac institutione non conveniunt hujus Legis verba, *Mixtum est imperium, cui etiam Jurisdictio inest, quod in dandâ bonorum possessione consistit.* Quomodo accipiendum sit, quod Jurisdictio inesse dicitur imperio mixto, jam intelleximus; sed quod idem imperium mixtum in danda bonorum possessione consistere dicitur, omnia turbat. Nam dare bonorum possessionem nihil est aliud, quam causâ cognitâ decernere, quis sit bonorum possessor, id est, heres Prætorius *l.* 3. §. 8. *d. Bon. possess.* Quod si tale decretum facere, sit mixti imperii, ego quæro, quæ sit differentia specifica Jurisdictionis & mixti imperii, quas esse res diversas inter Interpretes convenit & mox probabitur; quæro nec invenio. Nota est Antonii Fabri sententia, qui ut rectè statuit, dationem bonorum possessionis, non posse nisi Jurisdictionis esse, lectionem mutat, & pro, *quod*, in textu legit, *quæ*. Si quis id gravetur, is ita videat; Imperium mixtum & Jurisdictio sunt res diversæ *in abstracto* sensu. In concreto sunt idem: semper enim in iisdem personis reperiuntur. Idcirco Jurisdictio sic aliquando sumitur, ut imperium mixtum amplexu suo prehendat. In *l. Un.* §. 1. *Si quis jus dicenti non obtemp.* dicitur ille non obtemperasse jus dicenti, qui quod extremum est in Jurisdictione non fecerit, id est, qui executioni se opposuit. Atqui executio est Imperii mixti; hoc ita cum Jurisdictione conjunctum est in iisdem semper Magistratibus, ut sub eâ comprehendatur. Quid vetat Imperium mixtum pari passu cum Jurisdictione ambulans, ita sumi, ut Jurisdictio in eo comprehendatur? quo ita quæ Jurisdictionis sunt Imperio mixto adscribantur.

3. Hanc interpretationem optime ferunt verba *d. l.* 3. *Mixtum imperium, cui etiam Jurisdictio inest.* Sunt qui liquidiùs huic difficultati medentur accipiendo hæc verba in eum sensum, ut Jurisdictio & mixtum inperium non modo in concreto, sed etiam in se, penitus eadem res intelligantur, quod novissimè eleganter adstruit Vir Cl. *lib.* 1. *de Jurisd. c.* 2. adoptata Cujacii sententiâ, quam is habet 21. *obs.* 30. quem sibi contrarium esse putat D. Wissembach. *ad h. t. th.* 25. quod scripserit, Duumviros Jurisdictionem habere, Imperium non habere in *l.* 35. *C. de Decur.* Sed ille Jurisdictionem & mixtum Imperium confundit in Magistratibus Romanis, non etiam in municipalibus, quod & Cl. Noodtius sequitur. Est eadem sententia Scipionis Gentilis 1. *de Jurisd. c.* 3. *&* 4. & aliorum, quos laudat D. Wissembachius *d. t. h.* 25. sed displicuit hæc opinio Interpretibus communiter, haud immerito; quia Imperium mixtum Jurisdictioni toties ubi de utroque τεχνικῶς agitur opponi videmus, ut eadem res haberi non possint, nisi reos facere velis Jurisconditores ejus insaniæ, quam M. Tullus arguit in his, qui verba sine sensu proferunt. Mixtum est Imperium, quod jurisdictioni cohæret; quod mandata Jurisdictione transit *l.* 2. *inf. d. Off. ej. cui mand.* Paulus. *Mandata Jurisdictione privato etiam imperium, quod non est merum videtur mandari l. ult.* §. 1. *eod.* ETIAM, notat res diversas, præter quod subjecti & prædicati

oppositio idem manifestò arguit; ut jam textus, quibus in municipalibus magistris eadem differentia consignata fuit, omittamus. Quando etiam heic Imperio mixto inesse dicitur Jurisdictio, si quis utroque termino eandem rem designari putet, nimis insulsum exponat Ulpianum. Quod enim inest alteri, ab eo distinctum sit oportet, aut subjectum & adjunctum confundit. Pacta conventa inesse bonæ fidei contractibus dicuntur in *l.* 7. §. 5. *d. Pact.* siquis ibi pacta velit ipsos esse contractus, rem statuat ipsis verbis & universo juri contrariam. In *empto paratum inesse, in parato non continuo emptum l.* 47. §. 1. *d. Legat.* 3. Id est, latius patet vox *parare quam emere*. Quemadmodum species inest generi *l.* 5. *D. Unde Legit.* Vir Cl. unum locum reperit, quo *inesse alicui*, significet *idem esse in l.* 7. §. 10. *d. Pact.* ubi; *fraudem dolo inesse*. Verius est, ibi quoque dolum esse genus; significans omnem fallaciam & calliditatem; fraudem esse Damnum malitiosum, quod non est in omni dolo. Sic fraudem pati *l.* 1. §. 1. *d. Judic.* In fraudem induci *l.* 95. §. *ult. ad L. Falcid.* Papinianus: *Fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur l.* 79. *d. R. J.* Adducitur & Ovidius, qui in *Heroid epist.* 17. scripsit ita;

Ipse mihi quoties, iratus adultera dices
Oblitus nostro crimen inesse tuum,
Delicti fies idem reprehensor & auctor.

Non dicit unum idemque esse crimen; sunt plane duo crimina, duarum personarum, sed unum inest alteri, ut nos volumus. Unum arguit alterum. Imperium & Jurisdictio misceri dicuntur in iisdem personis, non esse rem unam eandemque, quod illi vellent.

4. Utuntur & aliis textibus, in quibus Imperium significat Jurisdictionem & simul imperium mixtum; quibus nihil in rem suam conficiunt Viri Cll. Utique enim Imperium simpliciter dictum ita sumi, ut omne Magistratus Romani officium per excellentiam significet, non dubitatur *l.* 2. *d. In jus voc. l.* 215. *d. V. S. l.* 7. §. 14. *d. Pact. junctâ l.* 1. §. 9. *d. oper. nov. nunt. l.* 12. §. 1. *d. Judic. l.* 2. *d. Adoption. l.* 13. §. 4. *Ad Sc. Trebell.* Hoc sensu videtur etiam accipienda vox Imperii in *l.* 4. *d. Jurisd. & l.* 26. *D. ad Municip.* Nam si Imperium mixtum illic intelligamus, in eodem luto hærebimus; cum in iis locis jussio Prætoris de cautione præstanda & restitutio in integrum, quibus nihil quam jus dicitur, ad Imperium referantur: Si hoc est mixtum Imperium, nunquam mihi summam differentiæ inter Imperium mixtum & Jurisdictionem designabis. Quod dices, in iis locis Imperium Jurisdictioni opponi, & hanc oppositionem arguere mixtum Imperium, cum ratione negabo; Nam mixtum Imperium etiam competit, ut dictum est, municipiorum Magistratibus; at his restitutio in integrum & cætera, quæ imperii magis sunt quam Jurisdictionis, negantur *d. l.* 26. *ad Municip.* Imperium igitur non est mixtum, sed excellenter dictum, quod opponitur Jurisdictioni vulgariter dictæ, quæ magistris etiam municipalibus adscribitur *l.* 12. *d. Jurisd. l.* 29. *Ad Municip.*

5. Postremo, negligenter nimis Ulpianus Jurisdictionem unico exemplo finit: Ita sane, si definire voluit; Sed non est id ei propositum hoc quidem loco; rei naturam obiter exemplo demonstrat παχυλῶς. Quænam est igitur definitio? Nos

utimur Cujaciana; Notio jure Magistratus competens. Imo legitima Jurisdictio, dices, non competit jure Magistratus; quod est verum de legitima Jurisdictione, quæ vulgo ita dicitur; sed etiam verum est, nullam dari Jurisdictionem legitimam, cum à Jurisdictione separetur, eique opponantur quæ ex Lege speciali sunt in *l. 6. §. 2. d. Tutel.* & ideo videntur errare Magistratus, qui cum habent aliquid Lege speciali commissum, Jurisdictionem suam mandant; quasi hac voce transiret etiam officium Lege delatum *l. 1. in pr. d. Off. ej. cui mand.* Rursus objicies; aliena Jurisdictio, mandata, prorogata, non competit jure Magistratus; quod iterum est verum. Sed jurisdictio aliena est jurisdictio, sicut usus dominii alieni est dominium. Qui habet alienam jurisdictionem, habet usum rei alienæ, non habet ipsam, nisi ut asinus sellam; Accursii dictum. Hæc igitur non præscribunt Cujacianæ definitioni, brevi nec admodum perspicuæ; sed cur eam aliis longioribus præferamus, dictum est in *Prælect. ad h. tit.* ubi quod heic explicitum est, minus plenè & diserte fuit demonstratum: Ideo quamvis ad Censuram Artis aliunde arcessitam, quædam ex hisce dictis minus rectà pertineant, tamen huc referenda putavimus.

Africanus lib. VII. Quæstionum.

Si convenerit, ut alius Prætor, quam cujus Jurisdictio esset, jus diceret, & priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare. l. 18 d. Jurisdict.

1. Quid obstat in hac specie, quominus data fides servetur? quæ ratio perfidiæ auctoritatem præstat? An quia Jurisdictio publici juris est, quod pactis privatorum mutari non potest, ut est in *l. 38 d. Pact.*? Atqui jurisdictionem prorogari posse per conventionem cum hoc effectu, ut cui judici persona vel res subjecta non est, huic tamen subjecta fiat, tralatitii juris est, nec quicquam de jure publico, nihil quam de privato jure disponitur, dum litigantes foro suo renuntiant. Unde Ulpianus; *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni & consentiant*, inquit, *inter consentientes, cujusvis judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio l. 1. d. Jud.* Cujacius eumque sequuti fere Interpretes negant, pactum esse obligatorium, antequam judex sit aditus; prius esse pactum nudum *tract. 7. ad Afric.* Atqui pactis nudis homines suo modo stare coguntur; quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt servare *l. 1. in pr. d. Pact.*? etsi actionem inde non dari verum est. Wissembachius noster Corasii responsionem amplectitur; mutatam heic intelligi utriusque voluntatem, quod colligo, ait, tum ex verbis, *mutata voluntas*, eorum scil. qui convenerant, tum ex voce *proculdubio*; Si enim alter tantum mutasset voluntatem, non fuisset hoc extra dubium. Non potest negari, quin hæc interpretatio rem ponat extra omne dubium; sed ita, ut indignum sit Africano id inculcare Lectori: Quin potius hoc ipso, quod dicit, *nemo cogetur hujusmodi conventione stare*, excluditur ista interpretatio; quia in utriusque consensu non sunt termini habiles

coactio-

coactionis; sed apparet, hoc fuisse ab altero postulatum, ut conventione staretur, ad quod Africanus alterum cogi posse negat.

2. Justinianus in *L.29.pr.C.de Pact.* narrat, antea dubitatum fuisse, an oporteret, *scripturam de renuntiatione fori tenere, sancitque nemini licere adversus pacta sua venire & contrahentes decipere. Si enim,* inquit Imperator, *& ipso Prætoris Edicto pacta conventa, quæ neque contra Leges neque dolo inita sunt, omnimodo observanda sint; quare & in hac causâ pacta non valeant?* Quæ videtur esse ipsa hujus loci Censura & pariter abrogatio.

3. Quid dicemus? Nihil potius quam hoc; Conventio de adeundo Judice, cujus non est Jurisdictio, non potest habere hunc effectum, ut in jus ad illum vocetur & venire cogatur is qui se submisit: hoc enim prorogatione, sive submissione conventionali non posse fieri, probavimus in *Prælect. ad h. tit. n.12.* Nisi mediate saltem ejus Jurisdictioni subjectus sit, quod nec aliter hodieque observatur, ut submissio conventionalis non tribuat Jurisdictionem extraneo judicio, nisi reus in territorio judicis, cui se subjecit, deprehendatur ac in jus citetur. Exempli gr. Civis Amstelodamensis cum Frisio convenit, ut causa apud Curiam Frisicam disceptaretur. Actor Amstelodamensem vocat ad Curiam Frisiæ. Hæc Amstelodami non potest citari jubere; Requirit igitur officium Magistratus Amstelodamensis. Hic vocat Civem, rogat, an paratus sit ire in Frisiam; hic negat, non patiuntur eum citari; ac ita non cogitur ejusmodi conventioni stare; sæpe ita fit & factum memini, ipso me *Commissario* Curiæ. Crediderim eum teneri in id quod interest, quod non servet fidem. Nec Africanus heic negat, eum qui conventionem hujusmodi neglexit, ita teneri, quemadmodum ex pacto homines tenentur; aut etiam ex stipulatione. Sed usque adeo illum cogi stare conventioni, ut causa apud Judicem, cujus Jurisdictio non est, peragenda sit, hoc negat: Negat etiam usus temporum. Etsi post Justiniani constitutionem in terminis ejusdem Imperii, dicendum fuerit, omnes Magistratus & Judices vim ejusmodi conventionibus addere oportere, quod diserte sancitur in *d. l. pen.* Et propterea, sic Juris ratio novissimi ferre videtur, ut talis submissio in eadem Republ. effectum jurisdictionis tribuat, saltem hactenus, ut Judex proprius ejus, qui se alii submisit; requisitus in jus vocationem, secundum conventionem permittere debeat: Quod in Frisiâ nostra moris est satis noti & usitati.

Ulpianus lib. 111. ad Edictum.

Quod autem ait Prætor, ut is eodem jure utatur, an etiam ad heredem hæc pœna transmittatur; & scribit Julianus, non solum ipsi denegari actionem, sed & heredi ejus l.3.§.5. Quod quisq. jur. in alt.

Censura; Corrumpitur usus sanctissimæ regulæ, quam hæc Rubrica præfert, *Quod quisque Juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur*; expresse ad sententiam dicti Servatoris nostri, haud absimilis; eo quod ad heredem, qui nihil peccavit, pœna transmittitur, contra divini & humani juris æquitatem,

tem. Sed ego ita existimo; heredem non sustinere pœnam in aliis actionibus quàm quæ à defuncto profectæ sunt: qui cum illas vi Legis amiserit, eædem heredi competere non possunt, idque non pœnæ sed consequentiæ rationem habet, fere ut in *l. 14. d. Publican. & Vectigal. Hu actionibus pati eum pœnam Edicti, quas tunc habuit, cum incideret in Edictum; verum & si quæ postea ei acquirentur.* Id enim ratio vult, ut de ipso qui deliquit, non de herede accipiatur; etsi de hoc in proxime antecedente versu actum fuerit; obiter; Nam de ipso qui Edictum commisit agitur ibi præcipue & προηγουμένως.

Ulpianus Lib. 1. ad Edictum.

Omnibus Magistratibus, non tamen Duum-Viris, secundum Jus potestatis suæ commissum est, Jurisdictionem suam defendere pœnali judicio. l. 1. pr. Si quis Jus dic. non obtemp.

1. Bene habet, quod Magistratibus permittitur, refractarios suæ Jurisdictionis cohibere pœnali judicio; sed exceptio non habet rationem, quod duum-Viris, id est, magistratibus municipiorum illa facultas interdicitur. Quomodo enim, si hac potestate careant, Jurisdictionis suæ vigorem, qui sine modicâ coërcitione nullus est, exercere poterunt *l. ult. §. 1. d. Off. ej. cui mand. est Jurisd.*? Ideo non desunt, qui hanc absurditatem præveniunt emendatione, pro *tamen* legendo *tantum*, ut non tantum duumviri sed etiam reliqui Magistratus eandem facultatem habeant, teste Gotofredo ad *hunc locum*. Sed à Florentina lectione recedendi minime sat causæ est. Autumnus & Groenewegius non dubitant hanc exceptionem eliminare ab usu fori ut publicæ disciplinæ adversam *ad h. t. & tit. C. de modo mulct.* Mornacius hoc *jus ideo Magistratibus municipiorum negat esse concessum, quia non habent Imperium nec adeo mulctæ dicendæ jus, ad h. l. 1.* Quâ Mornacii ratione non licet uti nobis, quia verius est, etiam municipales magistratus habere mixtum Imperium & specialiter mulctæ dictionem *d. l. ult. d. Off. ej. cui mand. l. ult. d. Decret. ab Ord. fac.* Emendatio prædicta minus ideo placet, quod secundum novam Lectionem, Magistratibus municipalibus hoc jus primario competeret, quasi de reliquis dubitari posset: hoc enim supponunt verba συγχωρητικὰ, *non tantum magistratibus municipalibus, sed & omnibus.* Præter quod hæc verba *secundum jus Potestatis suæ* simpliciter posita, Magistratibus populi Romani potius quam municipiorum competant, ut è locis à Brissonio adductis in voce *Potestas* liquet. Omnibus comparatis, nihil potius videtur, quam magistratus municipiorum habuisse mixtum quidem imperium & mulctæ dictionem exequendi gratiâ: Verum si quid executionis & modicæ coercitionis terminos excederet, id vero non habuisse illos, sed à Præsidibus oportuisse mutuari. Atqui argumentum hujus Rubricæ superat Exequendi facultatem. Quis enim jus dicenti non obtemperasse videtur? Qui quod extremum est in Jurisdictione non fecit; hoc est, qui ipsam executionem sprevit eique se opposuit: Executionem illi habuerunt; Coactionem ad vindicandam executionem non habuerunt

buerunt magistri municipales. In talibus, inquam, Præsidis manum implorare cogebantur. Hoc autem in nostris Civitatibus mutatâ Reipubl. ratione non habere locum, nihil ambigendum, & dictum à nobis est *Prælect. ad hunc T.*

Gajus lib. I. ad L. XII. Tabb.

Plerique putaverunt, nullum de domo suâ in jus vocare licere, quia domus tutissimum cuique refugium & receptaculum sit, eumque qui inde in jus vocaret, vim inferre videri. l. 18. d. in jus voc.

Paulus Lib. I. ad Edictum.

Sed & si is, qui domi est, interdum in jus vocari potest, tamen de domo suâ nemo extrahi debet. l. 21. eod.

1. In his locis perspicue adseveratur, quod alias satis constat, in jus Vocationem apud Veteres Romanos privatim ita fieri solitam fuisse, ut etiam inviti, obtorto collo, ad tribunal rapi possent. Quorsum enim alio pertinet, quod neminem in jus vocare licuit de domo sua, quo nihil his diebus est civilius? Quomodo aliter in jus vocans vim inferre videatur? Quorsum hoc, quod domus est refugium & receptaculum adversus in jus vocantes? Denique, prohibitio, ne quem extrahere liceat, si maxime aliquando vocare fas sit; nonne morem illum aperte adfirmat? Quem XII. tabulæ his verbis obsignarunt, *Si calvitur pedemque struit, manum endo jacito:* hoc est, ut alibi, *si in jus vocat, ni eat, manum injicito.* Cujac. 7. *Obs. c.* 17. vel ut est apud Gellium *l.* XX. *c.* I. *Manus injectio est, in jus ducito*; etsi illa verba forte de primâ in jus vocatione non loquantur. Sed de hac ibidem sunt hæc; *Si in jus vocat, si morbus ævitasve vitium escit, qui in jus vocabit, jumentum dato; si nolit, arceram ne sternito.* Quin usque adeo viguit adhuc Augusti ævo ille mos, ut in solenni transvectione coram Censoribus, equites Romani tempore lustri condendi vel Censuræ exercendæ, potuerint ab equis detrahi, in jus eundi gratiâ; donec id Augustus prohibuit, teste Svetonio in *ejus vitâ c.* 38. Plane res manifestior est quam ut negari possit: etsi negent Donellus ad *l.* 22. *de reb. cred.* Robertus 3. *sent.* I. *& enixe* Bachovius *ad* §. 12. *Inst. de Action. & alibi.*

2. Censura hujus moris & horum locorum nititur opinione gravitatis & civilitatis Romanorum, quibus omnes alias gentes virtutibus exsuperarunt. Unde igitur illis adeo barbarus mos, qui aditum Justitiæ deformi violentiâ dehonestavit, quâ Civitatem quotidianis misceri pugnis & tumultibus oportuit; quo spectat Rubrica, *Si quis in jus vocatum vi exemerit?* Omni die necesse fuit usu venire, quod passim apud Comicos & quod sibi accidisse narrat Horatius in *lib.* I. *Sat.* 9. *sub fin.* quem locum juvat heic exponere, cum vetustatem moris hujus γραφικῶς exhibeat. Clauserat ejus latus in viâ publica Romæ quidam importunus, à quo cum expedire se non posset, *Casu*, venit, *obvius illi Adversarius*, inquit; Qui

ſtatim ac hominem illum conſpexit, *Quo tu turpiſſime magnâ exclamat voce.* Simul ire ſecum jubet ad Prætorem in jus. Et pro more, præſentes rogat, ut teſtes eſſe velint; *Et licet atteſtari?* inquit. Horatius ut ſocium illum moleſtum citius amitteret; *Ego vero*, inquit, *Oppono auriculam.* Nam qui teſtes corrogabat, aurem eorum, ut meminiſſent, contrectabant. Cum atteſtatus eſſet Actor, quid tum? Cunctantem ſequi, *Rapit in jus*, cum clamore inſultans. Ad quem ſtrepitum excitatis vicinis; *Clamor utrimque, Undique Concurſus*, pergit Horatius. Non audio Bachovium negantem hanc eſſe hiſtoriam, eſſe fabulam. Sit ita, ſcribi tamen debuit, ut tempori conveniret; etiam in fabulis τὸ πιθανὸν, ſimilitudo veri ſervanda; Quæ nulla foret, ſi mos ille temporis ejuſdem non fuiſſet. Adde Favorinum apud Gellium *d. cap.* 1. *Illud quoque non humaniter ſcriptum: Quod ſi homo in jus vocatus morbo aut ætate æger ad ingrediendum invalidus eſt, arcera non ſternitur, ſed ipſe aufertur & jumento imponitur atque è domo ſuâ ad comitium novâ funeris facie effertur; Quam enim ob cauſam morbo affectus & ad reſpondendum pro ſeſe non idoneus jumento adhærens in jus adverſario deportatur?* Hæc igitur eſt Cenſura, quod ille mos incivilis, inhumanus & Lapithis dignior quam Romanis, in foro Quiritium receptus, in Libris Juris adhuc retentus & pro jure commemoratus ſit: quod, inquam, Juſtinianus hunc morem, ſuo tempore deſuetum & oblivione detritum nihilominus in libros à ſe digeſtos retulit. Nam ſub Græcis Imperatoribus in Jus Vocationem per apparitores & miniſtros publicos adminiſtratam fuiſſe conſtat, ut diximus in *Prælect. ad h. t. à pr.*

3. Huic Cenſuræ amoliendæ laudati auctores nihil melius inventu putarunt, quam negare, ſic olim Juris fuiſſe Romani; tametſi à Lenonibus & improbis hominibus ille mos ingenti vitio uſurpatus fuerit. E textibus autem ſupra ſcriptis non probari, in jus vocando vim inferre licuiſſe, neque XII. tabulis ita ſancitum videri, refragante Lege ſanctiſſimâ, *Vis à populo abeſto.* Alia quædam à Bachovio prolata refutatu vix digna propoſuimus, *in Prælect. ad Inſt. de pœn tem. litig. n.* 5. *ſub fin.* Ubi & Wiſſembachius. Sed hac viâ negandi factum, ſine captione, non licet evadere notam, neque verba textuum ſuprà poſitorum aliam admittunt interpretationem. Verum enimvero mihi ſic videtur, gravitatem Romanam, quæ ad redarguendam fidem hiſtoricam urgetur, nobis argumento juris eſſe debere, ad originem hujus inſtituti ſuſtinendam: Siquidem populus, quo bonis Legibus & exemplis ditior fuit nullus, eo more minime uſus fuiſſet per tot ſecula; ſi noxium & pravum experimento ſenſiſſet, quemadmodum magna pars XII. tabularum abiit in deſuetudinem, diu ante Cæſares; cum hic mos, dum ſedes Imperii fuit Romæ, duraverit. Sanctitas & ſimplicitas priſcorum Quiritium, qui nihil potius habuere quam fidem colere, fecit, ut quod noſtris moribus inſolens videretur, ipſis pulchrum & decorum fuerit: habere cives æqui juris adeo patientes, adeo ad ſatisfaciendum quod debebant, paratos, ut alius alium in jus vocare & ad Prætoris tribunal adducere poſſet, nec opus eſſet hac parte lictoribus & apparitoribus. Etſi enim Lex addiderit cogendi facultatem, id tamen præmunimento potius quam quod frequenter uſu venturum crederent, adjectum videtur. Ordo quoque judicialis ab hodierno longe diverſus morem illum probabilem fecit. Sedebat in foro Prætor diebus ſeſſionum in tribunali; adeuntibus liber aditus patebat, juris

copia

copia cunctis dabatur, ipsi causam disceptabant suam; Procuratores nullos nec Advocatos, nisi amicos è medio civium, habebant. Quando quod erat difficillimum ipsi peragebant, ut causas agerent, disceptarent, quominus facillimum & expeditissimum quod erat, in jus vocationem curarent, quid obstare poterat? Promptitudo causas agendi jusque dicendi omnisque processus judicialis æquè promptum initium exigebat. Consuetudo denique tot seculorum & experientia rem docuit esse tolerabilem; nec abrogatus est mos, nisi deterioribus institutis & longiore judiciorum tractu. Incommoda quæ ex Comicis & Horatio exaggerantur, in exemplis hominum nauci & nequam referuntur. Inter honestos cives nihil ejusmodi solitum; sequebantur ultro, vel cavebant, se venturos ad diem; quo præsentem instantiam evitare poterant, ut indicat Rubrica, *In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.* In *l.* 22. §. 1. *h. t.* qui in jus vocatus est duobus casibus, ait Gajus, dimittendus est, si quis ejus personam defendet, quod fit media cautione §. *f. l. de Satisd.* & si, dum in jus venitur, de re transactum fuerit.

4. Quæ porrò Favorinus apud Gellium movet, hæc opinionis errore perperam accepta Cæcilius ibidem demonstrat, quæ videri possunt in *c.* 1. *lib.* xx. Quod attinet ad Justinianum, is equidem necesse non habuit, hujus moris vestigia relinquere in Pandectis. Non est tamen notabile vitium, relinquere inter monumenta Juris antiqui & veterum Jurisctorum, obliquam moris antiqui commemorationem; Sanctio enim nulla traditur: maximè cum hodieque non maledicatur esse prohibitum, nequis in jus vocandi causâ vim cuiquam inferat, imprimis apud penates suos, quod, nec aliud in *d. l.* 18. & 21. traditur à Gajo & Paulo junctis.

Modestinus lib. 1. de Pœnis.

Si sine veniâ Edicti impetratâ, Libertus Patronum in jus vocaverit, ex querelâ patroni supradictam pœnam, id est, quinquaginta aureos dat l. ult. d. in Jus Voc. juncta l. penult. eod.

1. Flagitium Triboniani arguitur, quod scripserit *quinquaginta aureos*, pro *quinquaginta millia sestertiorum.* Ita Wissembachius in emblem. ad *h. l.* ex Cujacio *lib.* xix. *obs. c.* 32. qui scribit ita; Primus Justinianus certam & perpetuam aureo æstimationem attulit; sestertiariâ ratione, quam servabant veteres leges & mores, redactâ ad rationem aureorum, ut deinceps non sestertiis, sed aureis inter homines negotia & res omnes agerentur. Hactenus Cujacius, porrò adfirmans quod Justinianus scribit in §. *sed nostra Inst. de Success. libert.* se Legis Papiæ summam ita interpretatum esse, *ut pro mille sestertiis unus aureus computetur*; quod dein Tribonianus sparserit per Pandecta, ut ubicunque *tot millia* sestertiorum à Veteribus JurisCtis scripta fuissent, ille substitueret totidem aureos; Idque detrectanti Hotomanno acerbissime exprobrat & insultat Cujacius. Ego subsisto. Nam adhuc ita putavi & didici, denarium ita dictum à decem assibus constare quatuor sestertiis: ita dictis quasi *semisestertiis*, quia constabant duobus assibus & semisse: denarios

autem quinque supra viginti facere unum aureum, seu quod idem xxv. drachmas, ut ex Dione lib. LV. denique, inter omnes nisi fallor, constat, etiam Gronovio teste, qui novissime omnium exactitudinem hac parte superavit, Et sic aureus continet centum sestertios. Cujacius tamen vehementer vult, aureum verè fuisse mille sestertiorum, non modo sub Justiniano, sed etiam tempore Neronis & Galbæ, tam fidenter, ut cæcam imputet caliginem dissentientibus. Quâ in re tanti Viri auctoritas & evidentia rei in diversum, quod mihi constare queat, implicitum me tenet; quod de se quoque Vinnius *ad d.* §. *nostra* 1. non dissimulat, ne de Wissembachio meo loquar. Ubi enim aurei (supersunt hodieque innumeri) mille sestertios valentes reperiuntur? id est, triginta Imperiales ad minimum; ut probat valor veterum denariorum, quorum est abunde passim; Superant enim hi aliquanto valorem, ut nunc est, argenti pretium, sex *stuverorum*, quos ego quidem habeo. Et cum singuli quatuor sestertios contineant, mille sestertii facerent ducentos & quinquaginta denarios, qui sex stuferorum singuli rursus efficiunt LXXV *Florenos Carolinos*, sive triginta daleros imperiales. Denarii autem xxv. faciunt tres daleros Imperiales & amplius; quod pretium sequentes & quidem Justinianæi temporis aurei adsecuti non sunt. De aureis simpliciter dictis & promiscui usus, valentibus triginta imperiales thaleros nihil mihi, nec credo, cuiquam unquam auditum. Conferamus Ulpianum cum Tacito; Ille scribit *in l.* 1. §. 12. *in fin. d. Extraord. cognit.* licitam Advocatis quantitatem pro singulis causis esse, aureos centum; Tacitus XI. *Ann.* 7. *in fin.* dena sestertia Advocatis præscripta narrat, quæ faciunt decies mille sestertios nummos, ut Budæus & Gronovius & omnes tenent. Centum igitur aurei & decies mille sestertii conveniunt. Ita manent pro singulis aureis centum sestertii, non mille, quod Cujacius & Wissembachius volunt.

2. Quid igitur Justiniano faciemus in *d.* §.? Sunt, quos inter Vinnius *ad d.* §. qui volunt, Justinianum ad eam summam reduxisse mulctas antiquas, habita ratione divitiarum veterum præ sui temporis opibus arctatis: Sed nimis est enormis discrepantia inter mille & centum; nec patitur hoc Cujacius, nec ipse Justinianus, qui summam Legis Papiæ se dicit interpretari, non mutare, vel reducere ad decimam. Cujacius Hotomannum stulte scribit emendare textum *d.* §. trajiciendo *centum* & *mille*, hoc modo; Iustinianus; *Siquidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum* (lege *mille*) *aureis habeant substantiam*; *sic enim Legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis*, (lege *centum*) *unus aureus computetur*. Ita, centum sestertii faciunt aureum, & centenarii dicuntur à centum millibus sestertiorum non à centum aureis, quod descriptores fefellerit & tollit scrupulum, quod emendatio non descendat ad literam, ut Accursius; *Centenarii* id est, minus *mille*, quasi convenientius esset; minus *centum* aureis. Etsi hoc autem stultum Cujacio sit, verba in eum modum trajicere; ego tamen nihil aliud, in quo acquiescam, invenio.

3. Quid igitur ad hunc textum *l. pen.*? Rursus non credam Wissembachio, nec ejus auctori Cujacio, Modestinum in hac *l. pen.* & Ulpianum in *l. præc.* scripsisse *quinquaginta millia sestertiorum*. Probo id esse incredibile, ex genere peccati, quod hac mulctâ coërcitum fuerit. Libertus suum Patronum sine veniâ in jus vocavit,

cavit, hoccene meretur pœnam quinquaginta millium sestertiorum? Unde vero solverent liberti? Nam locupletis liberti universum patrimonium æstimatur Lege Papiâ centum millibus sestertiorum, id est, tribus Imperialium millibus, & pro mulctâ peccati tralatitii omnibus indistinctè libertis imposita fuerit pœna dimidiæ partis universi patrimonii, quod habet locuples libertus, id est, quinquaginta millium sestertiorum? Dicamus igitur, aut Ulpianum & Modestinum *aureos* scripto habuisse expressos, nihilque à Triboniano mutatum, quando & Ulpianus in *d. l.* 1. §. 12. per aureos computavit: Vel si utroque loco manum Triboniani agnoscere oporteat, dicendumque sit, Ulpianum & Modestinum sestertiis nummis computasse, quod ego præfractè negare nolim; dicemus, eos non scripsisse *quinquaginta*, sed *quinque* millia nummum sive sestertiorum; pro quibus substituti sint *quinquaginta aurei*. Quâ in re quod Tribonianus in referendis Ulpiani & Modestini responsis, Principis & temporis sui morem sequutus sit, nihil esse commissum reprehensione dignum existimo; per ea quæ dicta sunt in *hoc Opere à pr. ad L. dedit Deus* §. *tanta autem C. de Vet. Jur. enucl.* Adde Hotomanni defensionem contra Cujacium sane quam eruditam & modestam, ad illius insectationem satis aculeatam. Cæterum, etsi hæc aliter intelligere non possum, adseveratio tamen principis studiorum nostrorum Cujacii, stultitiam & caliginem ita sentientibus exprobrantis & Præceptoris Wissembachii, illius auctoritatem ut indubitatam sequentis, non potest, quin scrupuli aliquid non profitenti peritiam rei veteris nummariæ, relinquat: etsi aliter quam didici ac intelligo, docere non possum. Quomodo igitur adhuc est, absolvendum puto Tribonianum; nec potest placere, quod de mille sestertiis unum aureum facientibus Viri summi Cujacius & Wissembachius & si qui sint alii, commentantur.

Ulpianus lib. 1. ad Edict.

Si quis in jus vocatus fidejussorem dederit, in judicio sistendi causa non suppositum jurisdictioni illius, ad quem vocatur, pro non dato fidejussor habetur, nisi suo privilegio specialiter renuntiaverit. L. 1. Si quis in jus voc. non ier.

1. Suspecta sunt ultima hujus L. verba, non tantum Fabro, sed etiam quod rei certissimæ argumentum esse videtur, inimico ejus Bachovio. Faber hoc movet; Non posse eum, qui non est suppositus jurisdictioni, renuntiare privilegio fori, quod nullum habet: Nam privilegium supponit ordinariam subjectionem: Ut privatio supponit habitum apud Logicos. Sed Privilegii verbum ad quamlibet fori exceptionem produci, liquet ex *l. 7. in pr. Qui satisd. cog.* hoc solum non sufficeret ad Emblematis argumentum. Bachovius aliam habet difficultatem quod renuntiatio facere non possit, ut qui non est suppositus jurisdictioni, fiat ei subjectus, ut diximus ad *l.* 18. *d. Jurisdict.* Unde non immerito Tribonianus (hoc nos addimus) ultima verba addidisse videatur huic *L.* respiciens ad *l. 29. l. d. Pact.* ubi Justinianus ejusmodi pactis vim & effectum dedit, qua de re pluribus actum ad *d. l.* 18. Si dicamus, eum qui hic non suppositus jurisdictioni dicitur, fuisse naturaliter subjectum, sed privilegio speciali exemptum, id utrique

que objectioni satisfecerit, eoque Bachovius inclinat. Quod si in Urbe Româ, ubi diversæ jurisdictiones non territorio sed causarum genere distinctæ erant renuntiatio proprii fori non potuit renuntiantem facere subjectum jurisdictioni alterius Magistratus, quod demum per *d. l. pen. C. de Pactis*, a Justiniano constitutum sit, magis est ut hæc ultima videantur esse emblematica. Nam si Fidejussor judicio sistendi causâ datus cogi non possit, pro non dato habendus videtur, ut tum juris fuit; secus ac jure novo. Nec Eunomiæ, si maxime emblema sit, interesse videtur, ob ea quæ de Emblematibus Tribonianæis ad *Const. Dedit Deus* §. *Tanta autem* diximus in *pr. h. Operis*.

Ulpian. Lib. 14. ad Edict.

Si satisdatum pro re mobili non sit, & persona suspecta sit, ex qua satis desideratur: apud officium deponi debebit, si hoc judici sederit, donec vel satisdatio detur, vel lis finem accipiat. L. 7. §. 2. Qui satisd. cog.

1. Hunc §. male adsutum esse huic Legi à Triboniano censet Antonius Faber, ob rationes, quarum pudere se dicit Bachovius *ad d. l.* & jubet Anticyram navigare Fabrum, ut cerebrum purgari curet. Refellit ejus quoque rationes non infeliciter; sed omittit præcipuam, quæ est hæc; Quod in omni hoc *Tit.* ante posteaque de satisdatione judicio sistendi causâ agatur; hic autem §. ad cautionem judicati solvendi, quod & Bachovius agnoscit, pertineat. Nam ad judicio sistendi causam nihil facit sequestratio sive depositio dum lis finita fuerit. Triboniano igitur in mentem venisse videtur potius quam Ulpiano hanc loco non suo laciniam adjicere. Sed responderi potest, ubi de judicio sistendo actum fuerit, quia de re mobili interea non est securus actor, haud immeritò adjici, quo pacto actori plene consulendum sit. Res enim sunt connexæ Judicio sistendi & judicati solvendi satisdatio. Ut ejusmodi transitus minimè sit alienus à negotio & Judicio Ulpiani. Pergit Faber; *Si juris rationem spectemus*, ait, *nihil aliud dici potest, quam ut actione ad Exhibendum teneatur is, à quo res mobilis petebatur*. Respondetur Actionem ad Exhibendum servire certitudini expediendæ vindicationis, ut ad *tit. de Exhib.* traditur, non ad rem usque ad finem litis, quod hic agitur, salvam præstandam: Idque etiam Bachovius attingit. Non æque ultimum Fabri argumentum: *Depositio male requiritur*, inquit; *Nam vel res ferebatur in jus, ut litis contestatio fieret, & mox interponebatur satisdatio de re restituenda, seu judicatum solvi: vel si rem eam occultabat, nec patiebatur duci, vel ferri in jus incidebat in Edictum, si quis jus dicenti non obtemperaverit & illius Edicti pœnam incurrebat.* Hæc Fabri ratiocinatio ad rem non pertinet. Hic enim consulitur, quid agendum sit, ubi non fuerit satisdarum & suspectus sit is, à quo satisdatio exigitur. Ergo nec à satisdationis præstitæ remedio, nec à pœnâ rei occultatæ, consilium hujus loci, quod Faber instituit, refelli potest. Hæc realia sunt. A stylo Fabri argumenta sunt, quod credibile non sit, Ulpianum scripsisse, *Et persona suspecta sit, ex quâ satis desideratur*, pro eo, quod Jurisconsulti solent dicere, *Et suspectus sit ille à* quo

quo desideratur. Non videtur igitur ut Latinum probare, *Personam* simpliciter, pro *homine*. Verum est, non dici Latine, *quot ibi personæ sunt?* id est, *quot homines?* sed quoties homo in qualitate aliquâ memoratur, nihil usitatius est, quam personam pro homine poni, & in Paudectis, & in aliis, ipso Cicerone; quod probare, supersedeo, factum ab aliis notissime. *A quâ*, pro *ex quâ*, legi vellet etiam Bachovius: sed nihil opus est, Ex interdum ponitur pro *Ab*. Hic ipse Ulpianus in *l.* 2. §. *siquis* 12. *d. Vi bon. rapt.*, ubi, *Damnum ex coactis ab alio datum*. Paulus ejus æqualis in *l.* 38 §. *ult. d Vulg. & pup. subst.* Ex, id est, à fideicommissario coactus. Tu videsis Brissonium in *Ex*, ubi plura. Nec ratio hic deest, quia Satisdatio non tam exigitur à persona, qua tali quam è Facultatibus ejus. *Apud officium*, pro, apud *officio præpositos*, & in Jure & apud Historiæ Augustæ scriptores reperitur, ut in *l.* 73. §. 1. *d. Evict. & in l.* 17. *d. In jus voc.* Denique, Non scripserit Ulpianus ait: si *hoc judici sederit*, pro eo quod dicere debuit, *si judici ita videbitur*. Imo potius tam elegans hæc locutio est, ut vel ideo non credamus hunc locum esse Triboniani; Virgilius *Æn.* 5.

Idque pio sedet Æneæ, probat auctor Acestes.

Et alibi;

Si sedet hoc animo Teque tuosque juvat. Æn. 2.

Mali ominis est hæc critica censura Fabri.

Paulus Lil. XIV. ad Edict.

De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire, si non conveniat, Pedius putàt in potestate stipulatoris esse, moderato spatio de hoc à judice statuendo. L. 8. *pr. Qui satisd. cog.*

1. Quid opus erat moderato spatio à judice præfigendo, cum Prætor Edicto suo vicena millia passuum in singulos dies dinumerari jussisset *l.* 1. *Si quis. caut. in jud. sist.* Accedit, quod non Judex, sed prætor id arbitrari debuerit, si arbitratu opus fuerit, cum de tempore ante litem contestatam agi manifestum sit. Ablativos etiam Triboniano familiares arguit idem Faber. Diluit hæc argumenta Bachovius. Primum quod hic agatur, de tempore conventione partium expresso, de quo si controversia incideret, prætor id extra terminos Edicti sui moderari poterat. Ad II. Judicis nomen etiam prætorem comprehendit *l.* 1. *l.* 81. *d. Judic.* De Ablativis tam est inane, quam ratio *quarta:* Litigatorum mentionem arguere tempus post litem contestatam; quod tamen falsum sit, cum hic de tempore judicio sistendi, quod litem contestatam præcedit, agatur. Nihil est falsius, quam litem non esse, prius quam contestatur: Nec enim contestari posset, si non esset lis prius. Vide sis Brissonium in *Lis.* 1. si res dubium recipit. Nimis indulget conjecturis suis Faber.

Ulpianus

Ulpianus Lib. IV. ad Edictum.

Qua quisque actione agere volet, eam edere debet. l. 1. in pr. d. Edend.

1. Ad Eunomicam considerationem pertinet id quod Pragmatici de ineptâ Juris Romani antiqui accuratione movent, quâ fuerit opus, uti nomen Actionis inde ab initio exprimeretur; quod nimis scholasticam & puerilis observantiæ accurationem præ se ferat: Unde mores & fori stylus merito recesserint; maxime si cum antiquo rigore comparetur, quo si quis *formulâ excidisset*, ut loquitur Suetonius *in Claudio*, id est, conceptionem verborum solennem non exactè servasset, is causâ cadebat, ut Interpretes ad §. *si quis agens I. de Act.* spisse probant & Brissonius in voce *formulâ* & in libro *de formulis* prolixè. Quo pertinet, quod Cicero *in Orat. pro Mur.* Juris ctos vocat aucupes syllabarum, & formulas aucupatione syllabarum insidiatas fuisse civibus ait Imp. in *l. 1. C. De formul. & impetr. subl.* Sed hic quidem rigor antiquus jam à Constantino sublatus est in *tit. C. de formulis & impetrationibus sublatis.* Atqui actionum nomina in libello fuisse exprimenda, Interpretes adhuc frequenter existimant, nosque id in position. *ad h. t.* obiter indicatum, in Prælect. *ad eund. tit.* forte nec inconsultò, quod non satis liqueret, omisimus.

2. Videtur id quidem præ se ferre differentia actionum præscriptis verbis, quæ dantur è contractibus innominatis, ac ideo sine nominibus instituuntur, à modo agendi in actionibus nominatorum contractuum; qui aliter fieri non posse videtur, quàm ita, ut cujusque nomen actionis sit exprimendum. Si quis è narratione facti pro æquitate negotii, sine specie & actionis nomine concludat, is in factum & præscriptis verbis agit, ut ex *tit. π. de Præscr. verb.* constat; cui modo formæque longe dispar in cæteris actionibus est ratio. Hæc res omnium prima est, in quâ *Jacobi Mæstertii* Antecessoris quondam Lugduno-Batavi, in *tractatu de Justitiâ Legum Romanarum*, methodus cum nostra coincidit. Is autem à Jure Romano amoliturus hanc notam, negat in jure nostro magis esse necessarium quam sit usu fori, nomen Actionis exprimere. Quod etsi novum non abs re dictum videatur, quia sane vix est, ut illa nominis exprimendi necessitas è veteribus adstrui possit: Locus enim hic, nihil quam actionis editionem, quæ plurium ambitu verborum æquè bene, quam per nomen certum exhiberi potest, requirit. Imo pro formularum veterum *μονογενῶν* ingenio melius ille plurium circuitus verborum, quam certi nominis compendium arridet: Ita in actionibus in rem, formula prolixa, quæ est apud Ciceronem *pro Muræna*, non habet nomen rei vindicationis; summa enim hæc est; *Fundum, qui est in agro Sabino &c. meum esse ajo; Ex Jure Quiritium l. 1. d. Rei vind.* Verum est, inter actiones in rem & in personam hoc fuisse discrimen, quod in illis sufficeret, omnes causas una petitione comprehendere, in his speciales causæ allegandæ sint *l. 14. §. 2. d. Except. rei jud.* Sed ejusmodi demonstrationem è narratione facti pluribusque verbis non minus quam per speciale nomen fieri posse palam est. Nec aliud probant textus in hanc rem proferri soliti *l. 3. C. h. t. Edita actio speciem futuræ litis demonstrat.*

L. 33.

L. 33. *π. de Judic.* ubi, *edi genus actionis* & similes alibi. Quo autem narratio sic instituatur, ut judex haud minus quam actor, genus & nomen actionis inde colligere possit, hodiè non minus est necessarium, quàm apud Veteres unquam fuerit. Quod si maximè verum sit, ut multis videtur, nomen actionis è contractibus nominatis ortæ, fuisse exprimendum, nihil in eo notâ dignum vel iniqui continetur; sed utile videretur institututum fuisse, continendis hominibus à temeritate movendi litem incertæ intentionis, iisdem monendis, ut operam darent, ne conclusiones libellorum, quod sæpe factum vidimus, errore non discernentium proprias actionum species & in genere petendi fluctuantium, corrumperent.

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Editiones sine die & Consule fieri debent, ne quid excogitetur è die & Consule & prælato die fiat. l. 1. §. 2. *d. Edend.*

1. Non est dubium, quin hodie hoc monitum non observetur, Idque ratione fieri meliore quam Romanis visum est, censet Groenewegius ad *h. l. Quoniam*, inquit, *dies & Consul sæpe est de substantiâ obligationis, eoque suppresso, non rei veritas perspici, sed eo prætextu vel ab ipso edente falsitas committi posset.* E tribus hisce rationibus prima refellitur è textu, quo distinguitur inter diem, in quem solutio collata est, qui pars est conventionis, quem edi oportet, atque inter diem, quo scriptum est instrumentum, quem negat esse partem contractus sive negotii, de quo conscriptum est instrumentum, JCtus; & certe etiam in Foro constat, diem celebrati contractus omissum, non vitiare contractum, ne quidem Testamenta, in quibus maxime falsi occasio ex die prælato captari posset, ut Sandiu noster docet Lib. 4. tit. 1. def. 9. Secunda ratio, quod die suppresso, veritas perspici non possit, eodem quod dictum, refellitur; siquidem dies & Consul ad substantiam negotii non pertinet: si quid autem ex die petendum sit argumenti adversario, datur ei ad exhibendum authenticum petitio, sine fraude, & in judicio deinde facienda; cujus rei copiam non negari, docent *Tituli ad exhibendum & de tabulis exhibendis & testamento aperiendo.* Tertia ratio, quod die & Consule non expresso, ab ipso edente falsitas committi posset, ex eodem, quod diximus, authentici in tempore suo exhibitionem non posse negari, amovetur. Nihil igitur, quo minus prudenter Romani consuluisse videantur, adfert Censor. Quod autem in Foro secus observatur, inde videtur ortum, quod & in aliis rebus animadvertere liceat: Veteres in fabrefaciendis falsis majori dexteritate, hoc est, calliditate ac audaciâ, quam hodie fiat, usos fuisse; ut vel inde colligere licet, quod Lex Cornelia de Falsis olim *Testamentaria* vocabatur, quod in his artificia falsitatis creberrime instituerentur, ut Justinianus scribit in §. 7. *Inst. de publ. Judic.* quod his temporibus tam frequenter fieri, minimè docet experientia.

Ulpianus Lib. IV. ad Edictum.

Sed ibi quis compellitur edere, ubi argentariam exercuit, & hoc est constitutum. Quòd si instrumentum argentariæ in alia provincia habeat, in alia administraverit: ibi puto cogendum edere, ubi argentariam exercuit. Hoc enim primum delinquit, quòd aliò instrumentum transtulit, quod si in alio loco argentariam exercet, alibi autem ad editionem compelletur: minimè hoc facere cogitur, nisi descriptum velis, ubi de ea re agitur, eum tibi dare, tuis videlicet sumptibus. L. 4. §. 5. *d. Edendo.*

.I. Totam additionem à verbis: *Quod si in alio loco* ad finem usque male cohærere, &, esse adsutam à Triboniano perperam statuit Faber: Nam si nihil quam ἐμβλημα arguit, Eunomia minus hoc ad animum revocaret: Id enim per se non esse Crimen, aliquoties dictum est. Rationes ejus non jam vocat Bachovius pudendas, sed refellit eas minus plene & perspicue. Prima tamen ratio vere pudenda captio est. Nam quod scriptum est, ait *Faber, alibi ad deditionem compelletur,* præsupponit, argentarium posse compelli ad editionem faciendam alibi quam ubi argentariam exercet, quod pugnat non modo cum ratione juris: Sed etiam cum eo, quod statim sequitur, *minimè cogitur hoc facere.* Hæc Faber, non tam reprehendendus eo, quod Tribonianum, in una periodo sibi ipsum facit contradicentem, ut duo cola sine dissonantia connectere nequiverit; sed quod ipse proprium incredibilem indicat stuporem & festinatam incogitantiam; quod hanc propositionem, *si alibi quam ubi argentariam exercet ad editionem compelletur, minime ia facere cogitur,* resolvit in duas pugnantes sententias; *potest Compelli, & non potest cogi.* Multo excusatius peccantes sæpe vidi studiosos in *legenda l.* 77. *d. R. J. Actus legitimi, qui recipiunt diem, vel conditionem, veluti Mancipatio, Acceptilatio, Hereditatis aditio, datio tutoris in totum vitiantur per temporis, vel conditionis adjectionem.* Faciebant inde duas positiones. *Actus legitimi recipiunt diem vel conditionem; & mox: Actus legitimi vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem.* Tamen ultro se revocabant ad rectum sensum, connectendo utriusque coli lectionem. Faber suum παρόραμα transversarium, mansuræ posteritatis memoriæ commisit. Id non advertisse Bachovium miror, cum nihil sit deformius, nihil aptius ad Anticyram & helleborum, quo toties illum remittit, ubi minus id meretur. Talia passim obvia sunt, ut hunc quoque loquendi modum frustra censor exagitet. Pergit Faber, sed & quod sequitur per speciem exceptionis. *Nisi descriptum velis, ubi ea de re agitur eum tibi dare,* destruit præcedentem sententiam: An non enim hoc ipsum est Edere, descriptum dare? Imo plus est quam Edere; quia, ut Editio fiat, sufficit fieri copiam describendi *l.* 1. §. 1. *h.* plus autem est, descriptum dare quam describendi copiam facere: Sic ille. Tu verò dic potius, omnimo pluris esse describendi copiam facere, quam descriptum dare quia ad illud requiritur exhibitio Authentici, ad quod in *casu h.* §. argentarius non tenetur, in quo & momentum hujus quæsiti vertitur, ut ipse Faber indicat in *seqq.* Nec iniquitatem tollit, *ait,* quod temperamenti loco subjicitur, *Tuis videlicet sumptibus.* Non enim solis

sumpti-

sumptibus id æstimatur; sed periculum in eo quoque versatur magnum, ne rationes, dum per longum fortassis & periculosum iter afferuntur, intercidant. Hæc Faber ipse dicta sua destruens; & adstruens, quod in textu habetur, descriptum dare minus esse, quam describendi copiam facere; cum ad hoc Authentici translatio & exhibitio requiratur, ad illud minimè. Censura temeraria & αὐτοκατάκριτος.

Ulpian. Lib. iv. ad Edict.

Unde apparet, ita demum tenere hoc edictum, si ad eum pertineat. Pertinere autem videntur ad me ratio, si modo eam tractaveris, me mandante. Sed si procurator meus absente me mandaverit, an mihi edenda sit, quasi ad me pertineat? & magis est, ut edatur. Procuratori quoque meo edendam rationem, quam mecum habet, non dubito, quasi ad eum pertineat: & cauturum de rato, si mandatum ei non sit. L. 6. §. 5. d. Edendo.

1. Censura Fabri: Quid hic Procuratori ad edendam rationem, quam mecum habet, de rato cautio injungitur, ad quam nemo tenetur qui proprium negotium gerit, ut heic Procurator suas edens rationes. Sed de rato cavet Procurator cum mandatum non habet sufficiens *l. 3. 12. & pas. C. de Procur.* Juris ratio non patitur. Ideoque Faber ab imperito Interprete scriptum esse. Et cauturum de rato, cum prius legeretur & legendum sit, *Nec cauturum de rato.* Ad hæc Bachovius ad τὰ πρῶτα ad *h. l. Qui non intelligit textum, impudenter eum emendat,* inquit. Malim, *imprudenter,* nisi non intelligere & errare sit voluntatis, ut recentior vult Philosophia, volentem errare sit impudentiæ. Obreptum est Fabro festinanti & censura prurienti: Non agitur hoc loco, de rationibus Procuratoris ab ipso edendis; sed de rationibus argentarii edendis procuratori meo: Ad quas exigendas cum generale mandatum, quod habet à me, non sufficiat, cautione de rato defectum illum supplere debet. Imposuere Fabro verba, quæ & alii imponere possent, non nimis attento Lectori: *Procuratori quoque meo edendam rationem quam habet,* scilicet, *argentarius,* de cujus rationibus actum inde *à pr. l. 4. ad hunc usque locum.* Id etiam Accursius in glossà monuit. Censura Fabri ne hic quidem probabilis.

Paulus lib. 3. ad Edict.

Nihil interest, si successores, aut pater, aut dominus argentarii, ejusdem fuerunt professionis quia cum in locum, & in jus succedant argentarii, partibus ejus fungi debent. Is autem, cui argentarius rationes suas legavit, non videbitur contineri: (quia juris successor his verbis significatur) non magis, quàm si ei vivus eas donasset. Sed nec heres tenebitur, cum nec possideat, nec dolo malo fecerit. Sed si ei, antequam eas tradat, tenebitur quasi dolo fecerit. Item ante quam eas tradat, tenebitur. L. 9. §. 1. Eod.

N 2 1. Ulti-

1. Ultima verba; *Quod si nihil dolo fecerit, causâ cognitâ, Legatarius cogendus est edere*, male, contradictorie & imperite à Triboniano adjecta esse contendit Antonius Faber, quem in eo turpiter errare scribit Bachovius *ad h. t.* Faber ita colligit; Paulus primo negat, legatarium cogi ad edendum; mox additur; esse cogendum, causâ cognitâ. Hæc esse contraria, Tribonianus scilicet, videre non potuit; ideo miser emblemate suo se prostituit, qui *φύσεως καὶ παιδείας εἰς ἄκρον ἀφίκετο*, ingenio & doctrinâ primus sui temporis. Ad hoc refutandum sufficit, recensere sententiam.

2. Mortuus argentarius rationes Titio legavit, heredem Cajum reliquit. Tertius edi petit rationes; summo jure neuter tenetur; non Legatarius, quia non est *Juris* successor §. *Legatariis I. de Testam.* non heres, quia non habet rationes, nec edere potest. Hæc est regula summi juris. An igitur Tertius à jure tralatitio petendi rationum editionem secludetur? Iniquum id quidem. Ergo viam monstrat Paulus, quâ editio fieri debeat: Heres enim tenebitur, si dolo fecerit. Si nulla fraus ejus vertatur, Legatarius, causâ cognita, compelletur ad edendum. Atqui nullus est sensus horum verborum, *causâ cognitâ*, ait Faber, quid enim in causæ cognitionem veniet? Imo hæc formula toties adhibetur, quoties ipso jure aliquid non competit, ex bono & æquo tamen, si alius non detur exitus, conceditur, ut in hac ipsâ materia *l.* 6. §. 8. *h. t.* & passim. Summum jus est, Legatarius non tenetur ad Edendum: Si tamen res postulat & Tertii interfit, nec aliter Editio haberi possit, Tertius id Prætori demonstrat, qui causa cognitâ id ita se habere cernens ex æquo & bono legatarium, qui habet rationes, edere compellat. Quis in eâ re, non curvo præditus ingenio, quicquam iniqui aut male connexuum deprehendit?

Gajus ad Edict. Provinc.

Ideo autem argentarios tantum, neque alios ullos absimiles eis edere rationes cogit, quia officium eorum, atque ministerium publicam habeat causam: & hæc principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant. L. 10. §. 1. *Eod.*

1. Verum est, Argentarios solos cogi, non alios similes aut absimiles, ait Faber, & verba *absimiles eis*, adsuta esse ab Interprete: Cur non à Triboniano? Nam quo minus id extensionem recipiat, juris ratio non refragatur. Primo ad nummularios extenditur editio in ipsa *l.* 9. §. 2. *h. t.* Sed si *non coguntur*, ait Faber. Imo & hos compelli, non est iniquum, ait ipse Paulus in *d.* §. 2. cujus verba non repudiant, sed invitant latiorem interpretationem; *Quia & si nummularii, sicut argentarii rationes conficiunt, & frequentissime ad fidem eorum decurritur.* Crisis igitur minimè necessaria.

Modesti-

Modestinus lib. 3. Regul.

Postquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est: nisi specialiter contrarium actum esse probetur. L. 3. d. Pact.

1. Faber in *Rat. h. Aliquid specialiter agi, quid aliud est, quam expressim dici? A qui tractat Paulus* (Modestinus) *de pacto tacito. Non ergo ad Pauli propositum accommodata locutio est, nisi saltem dictio illa* specialiter *tollatur.* Non est verisimile quæsitam esse hanc voculam à Triboniano, ut adjiceretur, ubi nullam nisi contradictoriam haberet significationem. Quid est *specialiter?* Opponitur τῷ *generaliter*, In genere autem Pignoris redditio non arguit debiti remissionem: Nisi è circumstantiis aliud colligatur, quod est ἐκ τῶν καθ' ἕκαστα, *è singularibus*, id est, specialiter. Non potest aliud actum esse, nisi è singularibus id colligatur; quod est ipsum illud *specialiter.*

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Nuda pactio obligationem non parit, sed exceptionem l. 7. §. 4. d. Pact.

1. Hoc caput est unum è præcipuis, quod Juri Romano domi forisque, ut à ratione, veritate, fide, justitia literisque sacris devium objicitur, imò repugnans ipsius regulæ Ulpiani, quam habet in *l. 1. in pr. h. t. Nihil tam congruum est fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt, servare.* Sed nuda pactio quid sibi velit inprimis videndum; Explicatur in hoc *ipso* §. 4. *cum nulla subest causa propter conventionem*, vel ut alii legunt *præter* Conventionem, quod mallem, quando partes adhuc stant intra nudos conventionis terminos, quæ conventio nec habet nomen certum neque causam, ubi nomen deficit, id est, dationem vel factum ab alterâ parte impletam vel impletum, ut idem Ulpianus docet in *h. l. 7. §. 1. & 2.* ut puta, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares; dedi, ut aliquid faceres: vel etiam feci aliquid, ut tu dares, est causa *d. l. 7.* Quippe Romanis ita visum fuit: Conventiones usus necessarii & quotidiani, quibus nomina Legibus indita essent, vel quæ ab altera parte dando vel faciendo impleta fuissent, has parere obligationem debere; Cæteras conventiones non placuit in Foro Veteri ad agendi efficaciam admittere; sed hæ cujusque pudori & generositati relinquebantur· donec Prætor videns id esse prædurum edixit, se pacta sine dolo inita nec legibus adversa servaturum *l. 7. §. 8 h t* ut si reus ab alio conventus pactum adversarii liberatorium aut aliud probare posset, hoc se tueri jus & facultas foret. Convenire aliquem ex pacto simplici non licebat, nisi vel stipulatione solenni firmatum esset, vel traditione causam accepisset *l. 45 h. t.* idque nec recentiore quidem jure legimus emendatum vel mutatum. Hoc autem esse contra jus Naturæ & divinum, quod omnia promissa licet damnosa servari jubet & contra Jus Canonicum *c. 1. & 3. x. de* Pactis, haud sine ratione plerique statuunt.

2. Juris Interpretes vel id ipsum fatentur, inter quos novissimè *Cyprianus Re-*

gneri ab Oosterga Antecessor Ultrajectinus, *in tract. de Injust. Leg. Rom.* Jus nostrum hac parte juri divino non minus quam Canonico esse contrarium pertendit. Alii diversas tuendi Juris Cæsarei rationes ineunt; quos inter Franciscus Connanus *lib.* 1. *Comment. Jur. Civ. c.* 6. *& lib.* 5. *cap.* 1. serio defendit, quod & Hobbes agit in *cap.* 2. *de Cive*; Jure naturæ, nec adeò jure divino, pacta, quæ non habent *συνάλλαγμα*, id est, nuda, sicut modo descripta sunt, nullam inducere obligationem; honeste tamen impleri, si modo talis res sit, quam etiam citra promissum alioqui præstare honestum foret. Rationes ejus adferre atque refellere supersedemus, utique post Grotium, à quo id diligenter actum in *lib.* 2. *de jur. b. & p. c.* XI. *à pr.* ubi docet & demonstrat, jure naturæ, quamlibet significationem claram voluntatis, de re vel jure aliquo in alium transferendo, ab eodem acceptatam valide obligare; quod & sacræ literæ adfirmant *Proverb.* 6. *à pr.* etiam eo, quod Dei naturæ repugnet, à se promissa non præstare *Nehem.* 9: 8. *Dicta tua firmasti, quia justus es*, *Hebr.* 6: 18. *πράγμα ἀμετάθετον*, *res immutabilis fides à Deo data.* *πιστὸς ὁ Θεός ἀδύνατον*; *Impossibile est, ut Deus fidem fallat.* Adde 1 *Tessal.* 5: 24. 2 *Tim.* 2: 13. unde rectè colligitur, id ex natura immutabilis Justitiæ proficisci.

3. Diversam iniit rationem Jacobus Mæstertius in *lib. de Just. LL. Roman. c.* 31. qui sic instituit, quod Leges Romanæ de Pactis nudis obligationem non parientibus adfirment, ut id de Pactis non serio neque deliberato animo initis intelligi velit. Sed hanc minime bonis avibus captam esse conjecturam à Mæstertio, jam pridem à Vinnio in *tract. de Pactis* aliisque, à nobis etiam in Præl. *ad hunc tit.* palam factum est. Sola sufficit huic commento refellendo Lex 45. *h. t. ubi, Divisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.* Si de fundo communi dividendo placitum, non quasi de re seriâ initum videri possit, haud facile, quid ejus generis dari possit, expromes. Verum est equidem, hanc causam fuisse Romanis è pacto non dandi actionem, quod sæpe temere ineuntur. Sed jus semel introductum, ab illâ ratione in hypothesi non pendet, sed generaliter obtinet, in terminis Juris constituti. Legislatores aliqua ratione moti certas leges promulgant; sed hæ semel publici juris factæ non pendent amplius ex eo, quod prima ratio quæ movit Legislatorem, hoc aut illo casu extet aut non obtineat; Ita enim nihil certi juris esset in Republicâ. Donationes inter virum & uxorem sunt prohibitæ; quia sæpe prætextu amoris alter alterum spoliaret, aut ex negatione simultates pullularent. Sæpe usu venit, ut tale periculum non subsit, nec ideo tamen inter ejusmodi conjuges licitæ sunt donationes. Exempla toto jure sparsa sunt.

4. Jam vero si nihil eorum ad Juris Romani patrocinium sufficit, quid nos tandem? Equidem si quam certum est, hic nihil esse difficultatis, tam facile reliquos hujus instituti nodos expliciturus sum, minus periculi erit, quod & alias exiguum imminet; ne quis hæc incerta juris, conantem reddere certa, merito id agere putet, ut Juris auctores cum ratione insanientes exhibeantur. Miror potius, cuiquam in mentem venire potuisse, dubitare, numquid Romanus populus aliquid detrahendo Juri Naturæ vel Gentium, sibi jus proprium facere potuerit. Nam si hoc nefas est, jam dudum graviter à nobis peccatum sit, quod à censurâ

furâ absolvimus Ulpianum in *l. 6. d. Just. & jur.* ubi, *Jus Civile*, inquit, *est, quod neque in totum à naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit. Itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, Civile efficimus.* Ita in hoc articulo; Jus commune, id est, naturæ ac gentium dictat, ex quolibet pacto, nasci obligationem: Romani addiderunt certam conceptionem verborum sine qua non placuit illis obligationem & actionem dari: hoc, inquam, addiderunt, & simul detraxerunt vim obligationis è pactis simplicibus, quam habent Jure Naturæ.

5. Tu dices; unde populus Romanus habuit potestatem disponendi de Jure, quod non est suæ creationis & quod immutabile modo diximus? Audi; nihil constituit in fraudem aliarum gentium, aut vere invitis iis, quorum interest: Exteris è quovis pacto tenetur populus Romanus & quilibet civis: nec aliter unquam ab illis consultum fuit. Sed quod Cives Romani inter se constituerunt, quemaddum Lex est sponsio civium *l. 1. d. LL.* uti & frui hoc jure, minuendis litibus ac cohibendis captionibus; ne pacta nuda darent actiones in foro, sed cujusque conscientiæ relinquerentur; quid hoc ad Jus Gentium aut Juris Naturæ violationem? Imo si hoc nefas est, nihil juris civilis à naturali vel gentium jure distinctum erit in mundo. De bonis & dispositione patrimoniali quilibet populus, ut quisque privatus, liber est arbiter & moderator. Juri ex pacto quæsito vel quærendo quilibet hauddubiè renuntiare potest. Quid ni quod singulis licet, omnes simul facere possint? Lex autem hæc de Pactis nonnisi per exceptionem servandis, fuit conventio populi Romani, συνθήκη κοινὴ πόλεως, *l. 2. d. Legib.* qua omnes & singuli, juri actiones è pacto sibi quærendo renuntiabant.

6. Atque hinc etiam decidi potest quæstio, quæ multis difficillima videtur, an, ut Judex secundum Legem, de Pactis actione non prosequendis sine scrupulo animi judicare poterat, ita privatus, qui pacto aliquid promisit, salvâ animi conscientiâ implementum ejus negare possit. Adfirmatio videtur habere facultatem, hac ratione, quod alter salvâ fide, quâ omnes tenentur ad Leges servandas, in quas primi conditores disertè, reliqui tacite consenserunt, implementum pacti per actionem petere non potest: Sed uterque in paciscendo hac mente fuisse videtur, ut nonnisi in exceptionis usu effectum haberet. Neque solus hic est effectus verissimæ positionis, quod Lex sit conventio publica Civium, non modo *in populari sed etiam in optimatium & singulorum Imperio.* Tametsi hæc res in *pactis liberatoriis*, quæ nonnisi per exceptionem usum habere possunt, maximè *versatur*, potest tamen & in promissoriis hoc modo; Pactus es à me centum. Petis eos; ego vero, expecta dum exceptionis usus tibi veniat inquam. Hæc mea fuit, nec alia tibi mens esse potuit aut debuit, secundum Legem & morem civitatis, Romanæ scilicet antiquæ. Nam hodiernæ gentes simplicitatem Juris Naturæ sequuntur; ut ex quolibet pacto dent obligationem & actionem; quod sane Juri Romano præferre non dubitavimus; etiam ob Christi Domini dictamen; Vestrum ναὶ sit ναὶ; vestrum οὒ sit οὒ. Nec tamen quod aliquanto deterius Romanum jus in universum videtur, etiam ideo pravum existimari debet quod in rem ipsorum magis esse visum fuit. Non temere quidem, in definitione Juris, quod sit *Ars boni & æqui*, per æquum intelligunt, id quod naturali universæ simplicitati conve-

convenit, per *bonum*, quod civitati conducit ac utile judicatur. Ut autem quod bonum est, etiam sit æquum, sufficit, non esse iniquum; quemadmodum justi definitionem antea diximus ex Grotio 1. *de jur. b. & p. c.* 1. §. 1. esse, *quod non est injustum*. E Pacto autem ex conventione civium non oriri actionem sed exceptionem duntaxat, id non esse iniquum facile obtinuimus. Imo æquissimum id esse, propter utilitatem publicam defendit Antonius Faber ad *l.* 7. §. 7. *h. t. Replerentur enim omnia litibus, si jus ita esset, ut ex quolibet pacto nudo agi posset*, ait ille. Unde colligit, non posse verum esse, quod vulgo jactitant; hodie pacta nuda jure Canonico parere actionem ex *c.* 1. *x. h. t.* Etsi hoc quidem argumentum evidentia usus contrarii per omnem Europam omniumque præter Romanos, populorum mores & leges refellunt; Ut tamen ideo lites non sint plures, ubi inter pacta & stipulationes non distinguitur, quàm ubi è pactis actio negatur. Bachov. ad *τὰ πρῶτα cap. de effectu Pactor.*

7. Non possum hic tacitus præterire, quod plerique merito de Pactis monent, etiam hostibus, hæreticis & infidelibus fidem datam esse servandam. Quo nomine Protestantes solent reprehendere Pontificios, & credo rectè, dubito an in omnibus. Noster Wissembachius illâ thesi positâ subjungit; *Comment. ad h. t. n.* 10. *Itaque æterna merito infamia Pontificis Eugenii est, qui Ladislao Hungariæ Regi auctor fuit, ut pacem cum Turcis factam violaret, cujus consilium etiam infelicissimus Regis exitus perfidiæ damnavit*, anno 1444. Chronic. Car. *lib.* 5. *pag.* 840. Ubi sane vel Carion vel Melanchton, scribit *Ladislaum rupisse pacem cum Amurathe II. initam, ex Eugenii Papæ instinctu, Juliani Cardinalis insanis & exitialibus consiliis, qui Pontifici licere juramenta, præsertim hostibus Christiani nominis præstita, religiosa auctoritate rescindere contendebat.* Nos rem aliter ex Bonfinio rerum Hungaricarum scriptore retulimus in *tom.* 2. *Hist. Civ. lib.* 1. *sect.* 2. *& seqq.* Ubi è connexione rerum liquet, argumentum Juliani fuisse, quod Hungari prius obligati fuissent Christianis fœdere contra Turcas facto, quibus suum jus pacto cum Turcis adimi non potuerit. Quæ habet speciem ambigui sententia, Pactum prius per posterius cum alio initum minime tolli; sed promissorem magis obligatum esse prioribus; quo fiat, ut posterius sit nullum. Sed vera est ratio, neutrum pactum esse nullum, paciscentem prioribus esse obligatum & posterioribus; Alteri ad præstandum quod promisit, alteri in id quod interest; sicut is qui duobus rem vendidit utrique tenetur, alteri ad rem tradendam, alteri in id quod interest emptoris *l.* 14. *in pr. π. de Addict. in diem.* Uladislaus igitur si non habuit justam recedendi à priore pacto causam, quod magis est ut habuerit, illis tenebatur ad fœdus implendum, sed Turcis ad omne damnum inde acceptum; vel potius his ad pacem colendam, illis ad damnum illatum & commodum cessans restituendum. Sed perfidiæ in Turcas crimen hac viâ, quam Julianus præibat, non evitabat. Nec tamen verum est, in eo se fundasse Julianum, quod Turcis non esset servanda fides, siquidem vere Bonfinius refert. In comparatione potuit dicere, Christianis potius quam Turcis consulendum videri: Non est etiam improbabile, potuisse eum dicere, siquid ex jurejurando Turcis dato scrupuli superesset, Pontifici esse jus hanc religionem majori religionis causâ solvendi: si quid amplius dixerit, Historia oportet loquatur.

Ulpia-

Ulpian. Lib. IV. ad Edict.

Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones postea factæ, quæ ex eodem sunt contractu, insunt: ut constet, in emptione, ceterisque bonæ fidei judiciis, re nondum secuta, posse abiri ab emptione. Si igitur in totum potest, cur non & pars ejus pactione mutari potest? Et hæc ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit. Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut & ad actionem proficiat, nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non & reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur, quod non insubtiliter dici potest. Unde illud æquè non reprobo, quod Pomponius libris lectionum probat: posse in parte recedi pacto ab emptione, quasi repetita partis emptione. Sed cum duo heredes emptori exstiterunt; venditor cum altero pactus est, ut ab emptione recederetur: ait Julianus valere pactionem, & dissolvi pro parte emptionem: quoniam & ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus adquirere sibi potuit exceptionem. Utrumque itaque rectè placet, & quod Julianus, & quod Pomponius. L. 7. §. 6. d. Pact.

1. Multa in hoc §. ut Florentiæ legitur, desiderat Anton. Faber & alii. Primo hæc verba, *Bonæ fidei judiciis exceptiones postea factæ insunt*, negant habere sensum idoneum ipse & Cujacius. Hic legit, *depactiones:* Alter *& pactiones:* eo, quod in præcedentibus agatur de pactis, non de exceptionibus; & quod exceptiones non *fiunt postea*, sed dantur à Prætore; sic illi. Verum si tam propriè loqui amamus, ne pactiones quidem vel depactiones insunt judiciis, sed contractibus *l. 13. C. h. t.* vel si judiciis insunt, tamen non *postea*, sed antea factæ sunt respectu judicii. Propriè exceptiones è pactis, non ipsa pacta insunt judiciis; in his postea *fiunt*, id est, opponuntur; nec enim sola prætoris sed etiam rei opera in illis vertitur. Quod autem superius de pactis sermo fuit, etiam de Exceptionibus actum fuit inde *à pr. h. l.* Nihil igitur mutandum censeo.

2. Verba textus *Cæterisque bonæ fidei judiciis* Faber ait esse imperiti Interpretis, *cum hoc loco de solâ emptione tractetur*. Atqui in §. *præced. verf. Idem responsum scio*, non minus agitur de solâ emptione; subjicitur tamen; *quod & in omnibus bonæ fidei judiciis erit dicendum*. Quo minus hæc adjectio tam per Parenthesin, ut *hic* fit, quam ibi separato colo adspergi potuerit, nihil ab ipso Fabro profertur: nisi quod hic agitur de pacto derogante contractui, antequam res sequuta sit, quod in cæteris b. f. contractibus, ut in Deposito, Commodato, Pignore similibusque locum non habeat, utpote, qui non nisi à re traditâ perfectionem habeant. Enimvero de contractibus b. f. qui Re contrahuntur hanc clausulam non intelligi, palam est, stupidumque fuisse oporteret ejus auctorem qui non viderit quod expressum erat. Intellexit igitur contractus bonæ fidei consensuales, præter Emptionem venditionem, ut sunt Locatio conductio, Societas, Mandatum. Pro verbis, *illud æquè non reprobo*, Faber legit, *Probo*. Et negat *τὶ reprobo* sensum habere idoneum. Sentit autem, in prioribus verbis, per pactum de parte venditionis mutandâ, novam fieri venditionem, totamque priorem tolli emptionem. Quod præter Fabrum nemo facile dixerit. Ait enim

O Ulpia-

Ulpianus *partem venditionis pactione mutari*, ut etiam ex parte agentis insit pactum & actionem pariat, reformato & *quodammodo quasi* renovato contractu. Duplici notâ improprietatis, nequis verè novum esse contractum putet. Mutatio illa fit inprimis bifariam ratione mercis, vel pretii. Mercis, si placeat, ut pars rei inempta sit, quo pertinet, quod ait Ulpianus *pars ejus pactione mutari potest*. Ratione pretii; si pretium partis rei minuatur vel augeatur, *quasi repetitâ partus emptione*, ut hic scriptum est. Nam si totum pretium mutetur, nova magis emptio esse videtur, quam pactum emptioni adjectum, ut Paulus ad Papinianum notat in *l.* 72. *d. Contrab. Empt.* quæ ita cum *hoc* §. 6. non pugnat. Faber captat voculam SED, in sequente *versu*, ubi Julianus ait, si alter heredum pactus sit, ut ab emptione quam defunctus fecit recedatur, *valere pactionem*, ut *venditio pro parte dissolvatur*, eodem plane modo, quo priorem versum accepimus: Sed ait Faber, particula SED est adversativa, requirens sensum præcedenti contrarium; Quasi non sæpe τὸ sed pro *sed &* vel Porrò vel cæterum, acciperetur. Hic pro *sed &* unicè accipiendum vel τὸ Et addendum aut intelligendum ratione manifesta quam & ultima h. §. verba directè suggerunt indicantia consensum trium Jurisconsultorum Pomponii, Juliani & Ulpiani, adeoque omnium inter se partium consonantiam. Postremo Faber, Emptionis substantiam, quæ in pretio consistit, ait esse individuam, adductis pluribus Juris locis, quorum nullus id continet; mercem vel pertium pro parte mutari non posse; quod fieri posse docent hic & Ulpianus & Pomponius & Julianus. Ex his manifestum est, ultimam Fabri censuram in extrema verba §. 6. *Utrumque ita rectè placet, & quod Julianus & quod Pomponius*, quasi hæc essent imperiti Interpretis, esse vitio creati Censoris, omnesque illos Auctores optimè inter se congruere, nec etiam à Papiniano discrepare vel à Paulo in *d. l.* 72. *d. Contrab. Empt.*

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Pactorum quædam in rem sunt, quædam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor, ne petam. In personam, quotiens, ne à persona petam: idest, ne à Lucio Titio petam. Utrum autem in rem, an in personam pactum factum est, non minus ex verbis, quàm ex mente convenientium æstimandum est. Plerumque enim (ut & Pedius ait) persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est. l. 7. §. 8. *d. Pactis.*

1. Ineptiæ hæc verba, *non minus ex verbis, quam ex mente convenientium*, Faber insimulat; Hauddubie enim sitne reale pactum, an Personale, maximè è verbis, secundario ex mente verbis non expressâ colligitur; Ergo pro, *non minus*, legit *non magis*. Sed jam Cujacius ad *h.* §. monstravit similes locutiones in *l.* 85. *d. Solut. & in l.* 15. §. 1. *Ex quib. caus. maj.* ubi non transpositione Critica, quam urget Bachovius in *eg. ad tit. ex quib. caus. maj.* sunt hysterologiæ, quibus ab analogia Scriptores optimi abludere gaudent. Ita quod Cajus dixit in *l.* 31. *d. Hered. inst.* non *minus servos, quam liberos heredes instituere possumus*; ex alio antiquo.

tiquo Justinianus ordine verso extulit, *Heredes instituere permissum est tam liberos homines, quam servos & tam proprios quam alienos pr. Inst. de Hered. inst.* Adde *l. 1. l. 8. d. V. S.* aliaque passim. Seneca 1. de Tranqu. vit. 8. Bio eleganter ait: *Non minus molestum esse calvis, quam comatis pilos velli*, pro, *comatis quam calvis*; ut liquet ex eo quod præmiserat; *Erras enim, si putas animosius detrimenta divites ferre.* Facessat igitur inconsulta Crisis.

Ulpianus Lib. IV. ad Edictum.

Quod fere novissimâ parte pactorum ita solet inseri, Rogavit Titius, Spopondit Mævius; hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed paciscentium. l. 7. §. 12. d. Pact.

1. Hunc locum esse spurium nec ab Ulpiano, cujus nomen præfert, scriptum; nec Juri Pandectarum esse consentaneum, ac ita ἀσυνάρτητον, censet Hotomannus in *lib. 7. obs. c. 3.* & ex eo Wissembachius *emblem. Trib.* qui tamen ultimum duntaxat versum, incipientem *nisi contrarium*, ita judicat esse spurium. Atqui per omnes Pandectas obvium nihilque fere notius est, quam his verbis, *Stipulatus est, sive Rogavit Titius, spopondit Mævius*, nihil aliud intelligi quam Stipulationem. Hæc enim est ipsa verborum conceptio, quæ stipulationem à Pacto discernit, *Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. §. 1. Inst. de Verb. Obl. §. 2. Inst. Quib. mod. toll. obl. l. 40. d. Reb. cred. l. 121. in pr. l. 122. §. 2. d. V. O. l. 8. l. 11. §. 2. d. duob. reis. l. 18. §. 1. d. Acceptil.* Unde Hotomannus, *Certe*, inquit, *apud antiquos nemini unquam in mentem venisse arbitror, illam verborum formulam, Rogavit Titius, spopondit Mævius, ad pactiones nudas referre, cum ea constaret, ad solam stipulationem pertinere.* Quæ ratio contra totum hunc textum militat, eumque νοθείας arguere videtur.

2. Cujacius tamen *ad hunc locum* nihil desiderat, tam sagax alioqui genuina suppositis secernendi, nec arguit quicquam. *Hæc verba, Rogavit ille, spopondit ille, pro stipulatione accipiuntur*, ait, *quæ solet subjici pactis, nisi contrarium probetur; nam & pro pacto accipi possunt.* Plane, ut nihil Tribonianæum agnoscere se Vir κριτικώτατος declaret; An forte quia secus Hotomanno plusquam æmulo placuerat? Nequidem Antonius Faber, qui nulli animadversas ubique movet difficultates, hic loci quicquam requirit. Etiam reprehendit Cujacium, qui τὸ *pactorum* hic de *instrumentis* intelligit, quibus pacta continentur, quod tamen cur minus concedatur, nihil profert. Enimvero emblema non agnoscentes incidimus in hanc difficultatem, quomodo pactum à stipulatione discerni possit, ad effectus momentum adeo notabiliter in Jure proditum. Nam *si eadem verba utrique conventioni congruenter aptantur*, ut probat Cujacius, *ita ut in pacto, sicut in stipulatione, interveniat interrogatio & responsio*, difficile dictu est, quid inter pactum & stipulationem intersit. Hæc utique verborum obligatio dicitur; Quid ita, si verbis solennibus à pactione non separatur; Cujacius omne differentiæ momentum ponit, in boc, utrum verba *Rogavit Titius, Spopondit*

Mævius in medio conventionis instrumento, an in fine ponantur. Si prius, esse pactum; si posterius, stipulationem censeri; *nisi si alia partium mens fuerit.* Quâ limitatione tollitur iterum stabile discrimen pactionis & verborum obligationis, quæ à verbis, non à mente pendere debet. Mihi difficilis nodus videtur, etsi plerisque dissimulatus interpretibus.

3. Quomodo enim hæc verba, *non tantum pactionis loco* accipimus? cum ista verba, *rogavit Titius, spopondit Mævius,* nullo modo ad pactionem, unicè ad stipulationem pertineant, ut magis textibus Juris suprà adductis, quam Cujacio credendum. Quin secundum hunc ipsum, verba, *rogavit, spopondit,* in conclusione posita stipulationem duntaxat, non pactionem significant. Quid igitur, adhuc rogo, sibi volunt verba, *non tantum pactionis loco,* in hoc textu, quo posita dicuntur in *novissima parte pactorum,* in quo situ tantum significant, ipso fatente Cujacio, stipulationem. Mendosum esse textum trajectione verborum & hoc modo esse legendum nihil addendo aut demendo, *non etiam pactionis, sed tantum stipulationis,* censuit eruditus juvenis *Cornelius Bynckershoeck in disp. hic loci habitâ ad L. Lecta.* 40. *d. Reb. cred. cap.* 5. modestâ crisi & innoxiâ. At tamen obstat Accursianum illud; *non bene descendit emendatio ad literam*; naturalis enim est consecutio verborum, *non tantum, sed etiam*: versa vero, *non etiam, sed tantum* minus obvia & expectata sunt.

4. Videamus an non ita res explicari possit; ut necessitas emendationis cesset. Verba *Rogavit Titius, spopondit Mævius,* in fine pacti adjecta faciunt, ut non *tantum sit pactio sed etiam stipulatio, ut sint utrumque* pactio quatenus continet materiam conventionis; Stipulatio ad agendi vim adjicitur. Quandiu hæc verba. *Spondes? Spondeo,* non adjiciuntur, est *tantum* pactio. Sed horum adjectio facit, ut sit *etiam* Stipulatio: Ac ita fit *his* verbis, *Rogavit spopondit,* ut *non tantum* sit Pactio, sed etiam stipulatio. Quod clarius & simplicius erit, per sequentia: In veteri foro de rebus inter se contrahendis libere verbisque promiscuis homines agebant; rogabant, gerebant, minuebant, spondebant & tandem consentiebant, quibuscunque usi fuissent verbis; hactenus erant pacta, vel Contractus secundum cujusque negotii naturam. Postremo partibus plenè consentientibus, verba solennia concipiebantur; *Quæ inter nos placuerunt, hæc te dare facere spondes? Spondeo.* In his erat confirmatio & quasi obsignatio pactionis; quæ sic in consuetudinem verterat, ut illâ conceptione verborum non subjectâ, res imperfecta, nec aliud quam nuda pactio esse videretur. Quo pertinent verba Senecæ *lib.* 3. *de benef. c.* 15. *Utinam,* inquit, *nulla stipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conventaque impressis signis custodirentur, fides potius illa servaret & æquum colens animus.* Huc etiam facit quod de Pomponio Attico quasi rem inusitatam refert *in ejus vitâ* Cornelius Nepos, eum Fulviæ Marci Antonii, rebus eorum adflictis, pecunias *sine stipulatione* dedisse mutuas. Hinc adeo illa conceptio verborum nomen accepit stipulationis, *à stipulo,* quod veteres *firmum* vocabant, derivatum à stipite, cui pacta quasi per verborum conceptionem adfigebantur. §. 1. *I. de V. O.* Sic igitur Conventio ipsa verbis comprehensa promiscuis, sive rogandi, sive spondendi, sive aliis, nihil est quam pactio; sed ubi interrogatio & responsio conventioni & placito subjecta fue-

rit, jam non sit Pactio tantum, quod erat, sed etiam stipulationis vim habet; *Ideoque ex stipulatu nascitur actio.* Ita Ulpianus ex usu temporis sui recte atque ordine scripserit.

5. Quod autem subjicitur; *nisi contrarium specialiter approbetur* & cætera, nonne reverà tollunt differentiam characteristicam inter pactum & stipulationem, quæ in verborum conceptione consistit? Quippe si illâ in fine adjectâ, adhuc inquirendum est, utrum paciscendi, an stipulandi animus adfuerit; verum non est, solenni verborum conceptione pactis subjecta committi stipulationem, nihilque prorsus inter pacta & stipulationes discrepantiæ remanebit, nisi quid extrinsecus de mente contrahentium colligatur. Jure novissimo, solennitas verborum est sublata de stipulationibus *& quæcunque verba consensum contrahentium exprimentia stipulationis* firmitatem habere dicuntur in *l.* 10. *C. de Contrah. stipul.* Unde bene colligitur ab eo tempore, formam verborum, in pactis & Stipulationibus non habere certum discrimen, etsi aliter quibusdam visum; manente tamen effectus differentiâ, quod è pactis exceptio duntaxat, è stipulationibus actio nascatur; quod discrimen nunquam ab Imperatoribus sublatum est. Quando igitur inter partes ambigitur, actio danda sit, an exceptio, è Conventione nihil argumenti, præterquam ex animo contrahentium, pacisci, an stipulari voluerint, ex formâ conventionis nihil haberi poterit. Qualis animus fuerit, à probatione pendet, ut in *hoc textu:* Nisi quod adhuc verba requiruntur ad stipulationem, eaque inter absentes contrahi posse non videtur, ut Justinianus adhuc docet in §. *Item verborum* 11. *I. de Inutil. stipul.* Unde postquam adeò usque inter stipulationes & Pacta discrimen attritum fuit, levi momento res transiit ad simplicitatem Juris Gentium, in quâ nunc sumus; ut inter Stipulationes & Pacta nihil amplius sit differentiæ, nec quo ad formam contrahendi, nec quod attinet ad effectum actionis & obligationis.

6. Sed ex juris Romani mutatione, quæ est in *l.* 10. dicendum videtur, ultima verba; Nisi *contrarium &c.* secundum Hotomanni & Wissembachii sententiam adsuta fuisse à Triboniano. Quanquam Id non placet modo laudato Juveni eximio ad *d. l.* 40. *c.* 5. qui putat, ultima verba; *nisi contrarium specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed paciscentium*, esse à temeritate scribæ, qui verbis *rogavit Titius spopondit Mævius*, subjecerit, non ex ore partium sed præter eorum mentem: Quo sensu illa exceptio nihil abludat à more temporis Ulpinianæi. Sed explicatio illa refellitur è textu perspicuè; Proponitur enim casus, e more quo verba *Rogavit, Spopondit* novissimâ parte pactorum inseruntur, utique ex voluntate partium, & quæritur quem effectum habeant. Exceptio igitur, quæ debet esse de regulâ, non potest alium supponere casum, quam qui propositus fuit. Dein verba *Rogavit, Spopondit*, esse adjecta liquet; inde, *quod non animo stipulantium hoc factum est, sed paciscentium.* Supponit ipsum factum; verba *Rogavit, spopondit*, a partibus esse interposita, non à scriba subjecta. Si fuisset error scribentis, non erat digna res admonitione vel observatu.

7. Quando igitur de emblemate Tribonianæo in hoc loco Ulpiani constat, de merito Censuræ videndum. Et quanquam per se non esse reprehendendum antea

sæpe diximus, quod Compilatores Pandectarum mutationes sui temporis Veterum locis aliquando pro Justiniani instituto adjecerint; hoc tamen ita facere par fuit, ut ne cruces posteris Lectoribus figerentur, nec obscuritate Pandectarum Leges involverentur. Quod heic loci fecisse Tribonianum vel ejus amanuenses, hæc à nobis sollicita verborum hujus textus excussio & habita super ejus sensu disputatio, satis, etsi nihil aliud dixerimus, indicat. Satius igitur fuisset, hoc emblema retinuisse, differentiamque juris antiqui & novi studiosis è collatione Legum Codicis & Pandectarum relinquere colligendam; sicut in plerisque Juris capitibus, de quibus non sunt ejusmodi emblemata, faciendum esse, res jubet & loquitur methodus Jurisprudentiæ.

Eadem l. 7. §. 16.

Et generaliter, quoties Pactum à jure communi remotum est, servari hoc non oportet; nec legari, nec jusjurandum de hoc adactum, ne quis agat, servandum Marcellus lib. 2. Digest. scribit.

1. Hunc locum esse totum à Triboniano, non cohærentibus superioribus; neque verum & rationi Juri convenientem censet Antonius Faber in *Rat. ad h. l.* Sed cum ejus pace, nos primo, quasi ad genuinum commentabimur. Dein ejus rationes inspiciemus. Sententiam, quod ex pacto nudo non nascitur obligatio & actio Jure Romano, cum ratione sustinuimus. An æque bene cessurum sit, quod jurijurando nulla vis major, eodem jure tribuitur, quam pacto nudo, si defendere in animum inducimus, valde metuendum sit. Tanto sanè gravior labes erit, quanto major est jurisjurandi religio, si fatendum sit, hac parte labi Artis gravissimæ conditores. Nec bonum sit in re sanctissima ludere vel quicquam tribuere patrocinii, quod sub Lege τῆς σοφίας καὶ μὴ πανούργως suscepimus, ambitioni. Agimus de vi jurisjurandi extra litis causam præstiti; nam de litigioso, quin de ipsa jurisjurandi formâ atque materiâ locus erit inferior, & *titulus de Jurejurando.* Heic quod nobis objicitur, in eo sistere gradum oportet. Agit hic locus proprie de jurejurando confirmatorio: Sed ejus comparatio cum Pacto arguit rem aliunde certissimam, etsi Mæsterrio negatam in *cap.* 22. *d. tract.* quem refellit Cyprianus & jus Civile eo nomine condemnat in *cap. 6. sui tract.* quem Mæstertio de *Justitia Legum Romanarum* scribenti, opposuit, haud veritus invertere titulum & inscriptionem præferre, *de Injustitiâ quarundam Legum Romanarum, cap. 6.* Juramentum non litis causâ præstitum, sed promissioni vel approbationi alicujus negotii adjectum, nihil addere virtutis novæ ad obligationem vel ad actionem forensem fatemur, quia nusquam id proditum legitur, extra causam litis & usum promittendi donum, operas, munus Patrono, quod libertis fuit impositum *l. 7. d. Op. libert.* Cui accessit aliquot seculis post Justinianum, exceptio Friderici a barbâ rossâ noti, quam Irnerius in Corpus Juris intulit *Auth. Sacramenta puberum C. Si advers. vend.* ubi minor amittit beneficium restitutionis in integrum, jurejurando confirmatorio; quæ exceptiones regulam de jurejurando ad agendum inefficace firmiorem & evidentiorem reddunt. Proindo ratio Censuræ nulli dubia esse

potest

poteſt, Jure Civili illum qui fide juratâ aliquid promiſit, vel contractum jure invalidum firmavit, non poſſe conveniri neque teneri in foro ad dandum vel faciendum, quod promiſit: quâ Parte Pontifices etiam ſuprà Jus Civile ſe efferre notum eſt, ſtatuentes è Jurejurando naſci obligationem & actionem *cap. 9. in fin. de Arbitr. cap. 28. de Jurejur. cap. ult. de For. comp. in 6.*

2. Jam nobis ipſis præcidimus reſponſionem, qua ſuper hoc quidem loco uti poteramus; in eo non agi de jurejurando promiſſorio ſed de confirmatorio duntaxat: hujus autem reſpectu parata nobis erat auctoritas hominum doctiſſimorum, inter alios, Præceptoris noſtri Wiſſenbachii, qui hunc textum accipit, de jurejurando, quod eſt datum contra Jus Naturale, Gentium atque Divinum *Comment. ad h. tit. n. 26.* quo ſenſu rectè & piè dici, non valere jusjurandum facile obtineremus. Neque primo auditu verba textus præſentis illum ſenſum repudiant, quo admiſſo Ulpianus pleniſſimè abſolveretur. Repetamus; *Et generaliter, quoties pactum à Jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, nec legari.* Importune illud accidit, *nec legari: Quis tandem aut Apulejus aut Sidonius Apollinaris unquam ita locutus eſt; pactum ſervari oportet, nec legari?* verba ſunt Hotomanni *lib. 13. Obſ. 24.* Wiſſembachius noſter ait, *nodum in ſcirpo* quæri, *Interpretatio lectionis Florentinæ*, pergit, *commodiſſima eſt: Verbum* oportet ἀπὸ τοῦ κοινοῦ repetendum; *nec legari*, ſcilicet, *oportet.* Verè ſit nodus in ſcirpo quæſitus, ſi hanc ἀπὸ κοινοῦ repetitionem Hotomannus recuſet. Quod tantum abeſt, ut etiam plus ἀπὸ κοινοῦ repeti velit, quando approbat Accurſianam & Haloandrinam lectionem, *nec legatum*, ſcil. *ſervari non oportet*, Etenim hæc tria verba repeti volunt illi ἀπὸ κοινοῦ, & cum illis Hotomannus. Quod male eos habet, hoc eſt; Florentina lectio ſic ad literam deſcendit, *pactum ſervari non oportet, nec legari oportet.* Hoc ſit abſonum, *Pactum legari non oportet.* Cujacius in *lib. 1. Obſ. c. 24.* auctor eſt, fratres Chenaijos, ipſi à nobilitate, ingenio, doctrinâ, honoribus laudatos, ad ſe retuliſſe, pleriſque ita videri legendum, *quoties pactum à jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, nec LIGAT, CUM, nec jusjurandum de hoc adactum, ne quis agat, ſervandum, Marcellus l. 2. D. ſcribit.* Improbat conjecturam Cujacius, quod velim ſervet Lector adverſus eos licere quos laudes & honores: Nihil tamen ad approbationem Florentini Pandectes addit: Niſi quod græci Interpretes eodem modo legerunt & verterunt, quo eſt illic. Conciſam Ulpiani locutionem & aliquid defectum eſſe, quod ſubintelligi velit, ipſi emendatores non evitant: Ego ſimpliciter exaudio; *Quoties pactum à jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, nec legari* oportet, eo modo Scilicet, quem dixit Ulpianus & tenet Lector. Non ita, ut repetas *pactum legari oportet*; ſed abſolute, *legari non oportet*, ſine voce *pacti*. Legandi verbum ſine regimine paſſim, etiam in XII. tabulis reperitur; *Paterfamilias uti ſuper pecuniâ tutelave rei ſuæ legaſſit, ita jus eſto.* Non poſſe legari contra Leges nec jusjurandum teſtamento inſertum contra Leges valere docet Lex 112. §. *pen. & ult. d. Legat. 1.* Καὶ ἔστω δὴ μὲν τοῦτο περὶ κελεύεις. Ex emendationibus optima & commodiſſima fuerit Antonii Fabri, qui pro *legari*, legit *ligare*, levi transpoſitione literarum E & I. Εὐστόχως & feliciter, etſi forte non neceſſariò, per ea quæ diximus.

3. Sed quur non utimur reſponſione, quâ tam facile Jus & Ulpianus abſolvitur

tur? maxime cum *Jus commune*, quod habet textus, Juri Civili opponatur & Jus Naturæ gentiumque significet in *l. 6. d. Just. & Jur.* quia cunctis hominibus inter se commune est *l. 1. §. ult. l. 9. in pr. eod.* Aristoteli in Ethicis frequenter *κοινὸς νόμος*, *jus commune*; quod ipsum huic loco vertendo adhibet Constantinus *lib. 1. epit.* Verba Ulpiani, *Pactum à jure communi remotum servari non oportet*, hoc modo reddit, *Παρὰ τὸ κοινὰ νόμιμα συμφωνῆν οὐκ ἔξεστι.* Hæc omnia conspirant ad responsionem Ulpiani absolutoriam & Wissembachio laudatam, inrefragabilem faciendam; & dolendum est, si hac uti non licet. Neque tamen nobis viâ tam prona incedere licet; Quia scimus & diximus, etiam jusjurandum ab ipso Jure Civili remotum, eodem Jure Civili esse improbatum & invalidum, æque in testamentis *d. l. 112. §. ult.* quam in actibus inter vivos *l. 5. C. de Legibus.* Nec obstat, quod Jus commune aliquando jus naturæ & Gentium significat; multo enim frequentius *commune Jus* pro Jure Civili publico accipitur, quod est *Commune* civium Romanorum, ut passim liquet *l. 20. d. Testam. milit. l. 25. l. 78. d. Cond. & dem.* eique opponitur privilegium *in l. 15. d. Vulg. & pup. subst.* & jus singulare *l. 7. d. Injust. rupt. testam. &c.* quæ vide apud Brissonium in voce *Commune.* Et hunc posteriorem sensum Ulpiano in conspectu fuisse patet ex *ἀκολουθίᾳ* textus; In §. 14. dixerat ita; *In omnibus ad Edictum Prætoris pertinentibus, quæ non ad publicam læsionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet*, variasque species & exempla positionis illius recenset: cui deinde regulam subjicit contrariam; pactum à Jure communi remotum, id est, ad læsionem Juris publici pertinens non esse servandum, quæ est *hujus loci* regula. Non licet igitur nobis heic loci Jus commune accipere pro jure Gentium & naturali, quod Ulpianus ipse pro jure civili publico acepisse manifestus est.

4. Quid autem vult Paulus in *l. 27. §. 14. h. t.* Et in summa, *si pactum conventum à re privatâ remotum sit, non est servandum?* Quod Ulpianus dixit; *Et generaliter*, Paulus effert ita, *Et in summa:* in reliquis idem cum Ulpiano; nisi quod pro verbis, *à jure communi*, Paulus ait, *à re privata*; sensu, ut videtur, opposito contradicente. Fuere Paulus & Ulpianus æmuli; unde quicquid habet speciem oppositionis inter hos duos, plerisque suspectum est *ἀντινομίας*, quos inter Thomasius in Scholiis *ad nostra.* Tamen hæc res non capit hypothesin adversariam. Cujacius *d. l. 1. obs. c. 24.* non dubitat, quin Paulus scripserit *remotum à re publica*, ut idem sensus sit, cum Ulpianæo, *remotum à re communi.* Sed illam emendationem repudiat Hotomannus, Cujacio non minus, quam Paulus Ulpiano æmulus in *d. l. 13. obs. c. 24.* Sed *Logomachia est, in re dissensio nulla*, sic ait Wissembachius ad *h. tit. n. 24.* Itane? Logomachia, dum unus legit, *publica*, alter, *privata*, qui magis sensus esse queant oppositi? Ille emendat, hic retinet textum? Sed est tamen verum, explicationem verborum, *à jure communi remotum* & *à re privata remotum* desinere in eundem sensum, interpretatione tamen minimè logomachicâ. Pactum à *jure communi remotum*, est tale, quo jus commune mutatur. Pactum à *re privvatâ remotum*, quod non est de re privatâ; ergo de re publica per quod publicum jus mutatur, quomodo pacisci non licet. *d. §. 14. & l. 38. h. t.* Sic eodem sensu pactum a re privata & pactum a jure communi remotum dicitur non esse servandum; Non licet pacisci de jure publico, quod est commune

& a re privatâ remotum. Locutionis utraque ratio præ alterutrâ non videtur habere difficultatem.

5. Sed per has ambages non liberatur adhuc Jus nostrum Censurâ duarum positionum, primâ quod ex promissione juratâ non datur actio; Alterâ, quod jusjurandum adfirmans conventionem Legibus contrariam, servandum non sit. Prima patitur hanc instantiam; quod ex stipulatione, quæ est solennis verborum hujusmodi conceptio, *Promittis? Promitto. Spondes? Spondeo*, nascitur actio, *tit. Inst. & Pand. de Verb. Obl.* Proinde, quid ni ex hac conceptione verborum, quæ fit cum solenni invocatione numinis; quanto magis ex hac, inquam, nasci oportet obligationem? Apparet vis objectionis, cui opponimus vim præsumptionis, à summâ religione Romanorum Veterum in servandâ fide juratâ, de quâ testimonia & exempla non capit hic locus. Sit unum pro omnibus dictum Ciceronis; *Nullum*, inquit, *vinculum ad obstringendam fidem, jurejurando majores nostri arctius esse voluerunt lib. 3. Off.* Ergo ita statuamus, non contemptum, sed religionem jurisjurandi obstitisse, quominus Romani actionem ex eo darent. Nihil stipulationibus fuisse frequentius, nullum negotium sine solenni conceptione verborum fuisse conclusum, nota res est. Si jurata conceptio fuisset obligatoria, videbant hanc tam frequentem futuram fuisse, quam stipulatio evasit. Id vero illis merito displicuit, ut contemptus rei sanctissimæ occasionem daturum. Argumentum habeo, quod inter conditiones turpes, posuerunt jusjurandum implendo alicui facto adjectum, quia necessarium non erat; cum implere sufficeret, ut non implendo caderet heres aut legatarius relicto. Verba Ulpiani memorabilia sunt apponenda. *Quæ sub conditione jurisjurandi relinquuntur, à Prætore reprobantur; providit enim, ne is, qui sub jurisjurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem, perderet hereditatem, legatumve; aut cogeretur turpiter, accipiendo conditionem, jurare. Voluit ergo, eum cui sub jurisjurandi conditione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis jurandi conditio inseritur, & recte. Cum enim faciles sint nonnulli hominum ad jurandum, contemptu religionis; alii perquam timidi metu divini numinis* (hæc inter paganos) *usque ad superstitionem; ne hi vel illi aut consequerentur aut perderent quod relictum est, Prætor consultissime intervenit. Etenim potuit is, qui voluit factum quod religione adstrinxit, sub conditione faciendi relinquere: Ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione l. 8. in pr. d. Condit. Inst.* Macte Romana gravitas! nec opus est pluribus verbis, ad probandum, non esse vitio vertendum priscis Latinis, quod jusjurandum noluerunt esse causam obligationis promiscuæ; sed majoribus & publicis consecratum negotiis seposuisse, nec in strepitu forensi putavisse admittendum. Numquid autem de privata jurantium Conscientiâ dicemus idem, quod de Pacto tradidimus, eam non ulterius teneri quam exceptione tenus? Non putem; quia de Pacto Lex fuit, quâ non actio, sed exceptio duntaxat daretur, de jurejurando Prætor nihil edixit. Scilicet pacti reus ita potest dicere; nihil aliud actum esse, quàm ut exceptio daretur, ex conscientiâ Juris Publici; id de Jurejurando, quod à Prætore, nisi litis finiendæ causâ silentio transmissum est, præferri non potest; Ac ideo nihil in eo, quam fidei & religionis necessitas apparet.

6. Jurisjurandi Confirmatorii, de quo proprie in hoc loco agitur, quamobrem

vis major, quam promissorii esse debeat, ratio non apparet; Quæ vero prohibeat, ob oculos est; quare, inquam, Contractus illiciti jurejurando firmari non non debeant. Etenim qui jure divino, Naturæ, Gentium illiciti sunt, hos jurandi religione licitos, rectosque fieri debere, nemo contendet, qua de re Justinianus in *Nov.* 51. *in fin. pr.* Nec Jus Civile jurandi temeritate eludi, publicæ vigor disciplinæ patitur, neque per modum conventionis, de quo hic locus & *lex* 5. *C. de LL. in fin.* neque per ultimam voluntatem; Quâ de re divi Severus & Antoninus rescripserunt, Jusjurandum contra vim legum & auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti *l.* 112. §. *ult. d. Legat.* 1. Sed Jus Pontificium hac parte temperamentum habet non spernendum; si quis sponte, sciens prudens, juramento firmaverit contractum sibi illicitum, eum ad hoc servandum teneri; modo non vergat, si observetur, in dispendium salutis æternæ, neque in alterius præjudicium redundet *Cap.* 28. x. *de Jurejur.* ubi exemplum, si mulier in rerum dotalium alienationem consenserit; Item in *cap.* 2. *de pact. in* 6. ubi filia juravit, se dote contentam hereditate paternâ abstenturam. Quod multi etiam Jure civili receptum volunt, per *l.* 1. *& Auth. Sacramenta puberum C. Si advers. vendit.* Sed verius est, Jure Romano, non placere, quemquam jurejurando subigere Leges, ut quod facere prohibetur, ad hoc jurando seipsum obligare possit. Authentica *constitutio* objecta loquitur de contractibus minorum non retractandis, id est, ne ob læsionem restitui possint adversus contractum jure validum; quod ipsum à Jure Veteri alienum, à Friderico demum seculo XIII, suggestione Canonicâ, institutum, aliis improbatum & nominatim ab Ordinibus Frisiæ abrogatum est in *lib.* 1. *Statut. tit.* 7. *n.* 4. In *l.* 1. *d. tit. C. Si advers. vend.* non liquet etiam de contractu jure prohibito vel de venditione prædii à minore sine decreto factâ agi, ut bene post alios demonstrat Mæstertius *in d. lib. cap.* 13. Atqui hoc temperamentum Juris Canonici æquissimum & pientissimum, quâ ratione neglectum à conditoribus juris nostri? Dicamus ita; De obligatione cujusque privati ex animi conscientiâ coram Deo nihil derogant Nostri: sed ut Judices permittant, eos qui prohibitos ineunt contractus, jurando eorum capaces habilesque ad obligationem fieri, id à publicæ disciplinæ vigore alienum malique moris esse non inconsulte existimarunt. Jus dici secundum Leges volunt; privatim quominus sui quisque jurisjurandi meminerit, quatenus absque publicæ auctoritatis læsione fieri possit, non intercedunt, sed judices sequi debent Leges. Ac ita etiamnum deficere videtur justæ materia censuræ, contra Justinianum.

7. Nisi quod Fabrum *hunc* §. à Triboniano totum esse confictum malèque adsutum contendere diximus *à pr.* De verbo forsitan uno alterove nolim enixè contendere; sed cum è Marcello descriptus fuerit, non potest esse totus commentitius: Nisi tam insana Triboniani fuerit impudentia, ut emblemata sua, quæ mandato Cæsaris, de quo ad *Const. Dedit Deus à pr. hujus oper.* defendi poterant, falso Marcelli testimonio contaminare voluerit & simul detegere imposturam, quæ collatis Marcelli digestorum libris cuilibet patere poterat, extantibus adhuc integris Marcelli scriptis. Argumenta Fabri sunt I. In prioribus actum est, de Pactis utilibus. Ergo hæce clausula debuit esse adfirmans, non ut est negativa. Resp. In prioribus actum de pactis dubii valoris; Quibus recte subjicitur clausula verbis

verbis negativa, Vim habens adfirmandi, modo in Jure tralatitio; si quicquam aliud. Utilia sunt pacta, quæ non sunt prohibita: Prohibentur omnia quæ juri communi adversantur. II. Faber, *Remotum à* Jure male dicitur pro improbatum *repugnans*, ut hic ponitur. Resp. Remotum est idem quod alienum, diversum, idque pro *repugnans* sumi usitatum est. III. verba *ne qui agat*, superflua sunt vel manca, nisi legamus, *ne quis de dolo agat*, quod Tribonianus omisit scilicet; Resp. Quis non videt, hæc verba, *ne quis agat*, accipiende secundum regulam prius collocatam, ne quid juri communi adversum jurejurando firmétur. Ergo pactum, *ne quis agat* quod publica utilitas agi postulat non valet: Ita nihil superfluum est. IV. Locutio *De his, pro quibus pacisci non licet*, vitiosa est, arguens Tribonianum; Scribi debuerat, *de quibus* non *pro quibus*. Resp. *Pro quibus*, scilicet, consequendis, pacisci cur dicere non liceat? Paulo superius §. 13. *pro judicati* scil. causâ *agatur*. V. Tediosa repetitio ejusdem vocabuli *servanda*, *servari*, *servandam* in uno §. Resp. Mirum est, Fabrum non arguere Tribonianismi formam Aquilianæ stipulationis in *l.* 18. §. 1. *d. Accept.* ubi non paulo densior repetitio: Et ubi non talia? VI. Verba omnimodo *rescindenda*, male de pactione quæ est ipso jure nulla usurpantur. Resp. pudet hujus & reliquarum objectionum Fabri causâ. *Rescindi*, *revocari*, sæpe quidem opponi at sæpe etiam prædicari de his quæ ipso jure nulla sunt, quatenus hæc etiam de facto rescindi opus est, videbimus ad.....

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam libertatem, & hereditatem apiscatur, quia sub conditione heres scriptus fuerat: non profuturum pactum, Vindius scribit. Marcellus autem libro octavodecimo Digestorum, & suum heredem, & servum necessarium purè scriptos, paciscentes, priusquam se immisceant, putat rectè pacisci, quod verum est. Idem & in extraneo herede, qui si mandatu creditorum adjerit, etiam mandati putat eum habere actionem. Sed si quis, ut suprà rettulimus, in servitute pactus est, negat Marcellus. quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem, quod in pacti exceptione admittendum est. An vel doli ei prosit exceptio, quæritur. Marcellus in similibus speciebus, licet antea dubitavit, tamen admisit. ut puta filiusfamilias, heres institutus, pactus est cum creditoribus, & emancipatus adiit hereditatem: & dicit doli eum posse uti exceptione. Idem probat, & si filius, vivo patre, cum creditoribus paternis pactus sit: nam & hic doli exceptionem profuturam. Immo & in servo doli exceptio non est respuenda. l. 7. §. 18 d. eod.

1. Molestus adhuc est Antonius Faber. Videmus hic, Servum sub conditione heredem institutum non rectè pacisci. Pure scriptum heredem etsi necdum immiscuerit se, rectè pacisci. Si tamen sub conditione scriptus adeoque servus adhuc pactus, etsi non prosit exceptio pacti, Marcellus tamen post aliquam dubitationem, doli exceptionem dat servo, heredi scilicet, post existentem conditionem facto *in fin. h.* §. Hoc ferre non potest Faber. Hæc verba putat esse imperiti Interpretis vel Triboniani, in quem cadit omnis inscitiæ & perversio-

versionis opprobrium, Tu verò tecum reputa sis Lector, an sit iniquum, aut à Jure alienum, pactum, quod servus sub condione scriptus, præsumptione qualitatis hereditariæ inivit cum alio, si hic deinde pacto stare nolit, eo quod servus tempore pactionis adhuc servus fuerit, saltem exceptionis ope doli mali; quia pacti propriè non potest dari, pactum illud custodiri, exemplo filiifamilias qui vivo patre pactus eâdem præsumptione cum paternis creditoribus exceptione doli effectum pacti consequitur, ut hic traditur. Non sunt tales Fabri rationes, ut hujus æquitatem juris rationemque pluribus (in stylo nihil arguit) cum lectoris tædio putem esse defendendam.

Paulus Lib. 62. ad Edict.

Si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur, utputa plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. Et cum tutores pupilli creditoris plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant. Nec non & unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum prætendentium, si convenerit, placuit unius loco esse. Nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat. Nam nec is, qui plures actiones habet adversus eum, qui unam actionem habet, plurium personarum loco accipitur. l. 9. eod.

2. In remissione debiti conventione creditorum faciendâ, numerantur suffragia creditorum certo modo *l. 7. §. ult. & l. 8. h. t.* In numero ineundo plures unius obligationis consortes unius loco habentur, ut & plures unius pupilli Tutores *h. t.* Quid si unus Tutor sit plurium pupillorum unius crediti consortium? Unius loco est: Nam & si pupilli per se concurrerent, unius loco haberentur. Nihil igitur dubii. Quid igitur hæc ratio? *Difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat.* Non sustinet ille Tutor duorum vicem; cum ipsi pupilli, quorum vicem sustinet, pro uno habeantur. Censet igitur Cujacius hanc Pauli rationem esse alienam & truncatam, quales soleant esse Pauli rationes. Hanc Censuram ut evitet Faber, qui in antiquos Juris auctores nihil audet, totus Τριβονιανομανὴς, in hoc versu pro *nomine*, Legit, *non* hoc modo; *Unus Tutor plurium pupillorum non unum debitum prætendentium.* Sic enim ista ratio emphasin habeat qua, vix esse, dixit ut *unus homo duorum vicem sustineat.* Ab hac emendatione non tantum ideo minus alieni simus, quod Paulo ineptiæ notam adimit, sed etiam, quia mox sequitur, nec eum qui plures actiones habet, plurium personarum loco accipi: Ad probandum, quod unus homo in hac materia, ne quidem in diversis creditis plurium sustineat vicem. Aliter Hotom. *6. obs.* 18.

Ulpianus Lib. iv. ad Edictum.

Hodie tamen ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum, & communi consensu declaraverint, quotâ parte debiti contenti sint; si verò dissentiant, tunc Prætoris partes necessariæ sunt, qui decreto suo sequetur majoris partis voluntatem l. 7. §. ult. de Pactis. Et mox. *Hæc enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt l. 10. in fin. pr. eod.*

1. Censura non una: Prima ad rem; Valde novum, ac, ut multis videtur, iniquum est, quod Pactum majoris partis creditorum, obligat minorem partem, quemadmodum fit in Collegiis. Cum ne quidem in Societate alii alios obligent numero. *l. 28. d. Comm. divid.* ubi & ratio; quod in pari causâ potior ratio prohibentis sit, nec alii quocunque numero jus alterius mutare possunt. *l. 30. C. de Pact.* Ideo Bernardus Autumnus in *Censurâ Gallicâ* & Groenewegius *ad h. l.* negant, hodie, pactionem creditorum, partem debiti remittentium obesse dissentientibus. Responsio est: Jure positivo moris hodierni hanc Divi Marci constitutionem, à qua formam accepit *l. 8. & 10. h. t.* esse quidem multis in locis abrogatam, ut Censores bene probant, etiam Jure Frisico *lib. 3. Stat. tit. 20. art. 5.* Sed Juris Romani sanctio facillime defenditur æquitatis, humanitatis & misericordiæ ratione, ne quod unus remittit, alteri accrescat; & ne unius Creditoris dura tenacitas bonum virum debitorem penitus exuat & domo exturbet; Cujus rei Legislator Romanus majorem merito quam hodierni Rectores populorum, habet rationem. Denique, multo plures sunt, qui hanc Romani Juris benignitatem sequuntur & sequi jubent creditores, ut testis in ea re est *Brunnemannus*; Quod de majore numero quitantûm in Collegiis valeat, & qui non præjudicet sociis, profertur, id quominus Lege præcipiente & auctoritate Prætoris interveniente, probabili ex causâ, aliter habere se possit, nulla dubitandi causa est; quemadmodum heic solo Creditorum consensu fieri posse πολιτικῶς negatur, neque Prætor aliter quam ex Imperatorio rescripto determinandi jus habuit; Censura facessere debet.

2. Censura Bachovii. *Hodie*, inquit Textus, *ita demum pretio &c.* Quæ inepta connexio est cum *præcedd.* quasi verò unquam olim id obtinuerit, ut pactio quorundam creditorum simpliciter cæteris obesset, cum sua cuique creditori propria pactio profuerit aut nocuerit. Itaque non dubito, quin Tribonianus hic incuriâ, dum ista voluit connectere ineptus factus fuerit. *ad Ẽ πρ. Tit. de Pact. cap. de Obl. Pact. n. 9.* Faber & Cujacius nihil desiderant, sed explicant *τὸ hodie* id est, post Divum Marcum, qui fecit, ut quorundam pactio Creditorum cæteris obesset. Sed verba, *ita demum* supponunt in præcedentibus eâ de re fuisse actum, quod non est ita. Quid opus tamen est, Tribonianum accusare tam puerilis ineptiæ, ut hæc verba sine sensu infarserit? Scimus hæc esse excerpta quæ habemus in Pandectis, non integra loca veterum Juris Auctorum. Professores excerpendo præpositi, hæc verba ex Ulpiano descripserunt, omissis quæ prius ille super eadem re collocaverat.

3. Denique & ultima hic collocata verba, quibus Divi Marci constitutionem

in Hypothecariis creditoribus non obtinere tradit Ulpianus, Faber adversa juris rationi & Tribonianæa judicat; quod ei concedendum non est, quia creditores hypothecarii jus in re habent, quod ut sola pactione non nascitur ita nec aliorum pactione tolli potest. Reliquas ejus ratiunculas refellit Bachovius ad *ult. rg. h. t. Cap. de obj. Pact. n.* 10. & desinit in exsibilanda Fabri ignorantia & impudentiâ, cujusmodi flosculis facile parcemus.

Paulus lib. 111. ad Edict.

Si pactus sim, ne à me, neve à Titio petatur, non proderit Titio, etiamsi heres extiterit: quia ex post facto id confirmari non potest Hoc Julianus scribit in Patre, qui pactus erat, ne à se, neve a filiâ petatur; cum filia patri heres extitisset l. 17. *§.* 4. *de Pact.*

1. Iniqua subtilitas! ut multis videtur; Quare enim Pactum, ne à Titio petatur, Titio non prodest? Non est ratio, quam Gotofredus citat ex *l.* 25. *§.* 1. *h. t. Personale pactum ad alium non pertinere, ne quidem ad heredem*; merito id quidem; nec enim id actum est, ut ad alium, quam ad personam paciscentis spectaret eique prodesset; Ideo personale vocatur *l.* 7. *§.* 8. *h. t.* sed hic diserte in diversam à Paciscente personam concipitur: Nec tamen ei prodest. Ratio igitur petenda ex *l.* 73. *§. ult. d R J.* Nec *paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* Quid ita? *Quia inventæ sunt hujusmodi obligationes, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest*: ait Justinianus è veteribus in §. 19. *Inst. de Inutil. stipul.* Verba Groenewegii ad *d.* §. 19. *Futilis me hercule ratio*, inquit, *Charitas non quærit quæ sua sunt* 1 *Cor.* 13. 5. Ad hæc falsum est, quod si alii detur, *nihil interest stipulantis, cum beneficio adfici hominem intersit hominis l.* 7. *in fin. d. serv. export.* & nemo tam demens erit, ut alteri *stipuletur, nisi id sua quoque interesse existimet.* Hæc & plura Groenewegius. Ad quæ nunc aliud nihil dicam, *reliquis ad locum de Stipulatione parallelum reservatis*; quam Jus civile non excludere charitatis & humanitatis officia, de quibus hic non agitur; sed de augendo onerandove patrimonio. Quod in suo quisque faciendi jus habet: Sed in alieno, sine mandato, vel potestate prius acquisita non habet facultatem. Quid enim? Dixi, non petam à Titio centum, quos mihi debet; Tu Cajus id audis & acceptas pro Titio. Petenti deinde mihi Titius opponit pactum. Ego, tu non pactus es. Replicat; Acceptavit pro me Cajus. Quid tum; inquam, Cajo nihil promisi. Res abit in irritum. Nec aliud hodiernis moribus in his terminis receptum puto. Latius hac de re videndum, ubi de Stipulatione locus idem occurret. De Patre Filioque, de quibus est in hoc textu, inferius agetur.

Pualus Lib. 111. ad Edict.

Quod si servus, ne à se peteretur, pactus fuerit: nihil valebit pactum. de doli exceptio-

ceptione videamus. Et si in rem paciscatur, proderit domino, & heredi ejus pacti conventi exceptio. quod si in personam pactum conceptum est, tunc domino doli superest exceptio L.21.§.1.d. Pactis.

1. Faber prima *h.* §. verba probat sola. Damnat reliqua, ut Triboniani & erronea. Præcipua ejus ratio quam Bachovius largitur est; quod in primis verbis Quæstio proponitur de pacto personali, & sequitur distinctio inter Reale & personale pactum; quasi Veteribus JCtis nihil unquam gravius evenerit, quam ut propositam quæstionem paulo latius exequantur. Quin potius duplex est quæstio una de pacti, altera de doli exceptione. has miscet JCtus, non nimis accurate quidem, sed tamen ut ignoscere possis. De prima dixit, non valere pactum personale servi, ne à se petatur, cum ipse non habeat personam. Quod si in rem paciscatur, proderit exceptio domino & ejus heredi; Sed hoc post alteram quæstionem propositam: subjicit minus commode, fateor. Quod trajectione modicâ corrigere licet, legendo ut sequitur. *Quod si servus, ne à se peteretur, pactus fuerit, nihil valebit, pactum: At si in rem paciscatur, proderit domino & heredi ejus pacti conventi exceptio.* De doli exceptione dein adfirmat, hanc etiam ex personali pacto servi domino dandam utique si servus de re cui præpositus erat, sit pactus quia dolo facere videtur, qui pactus, se non petiturum à servo quod in ejus personâ non valere sciebat, domino effectum pacti negat, de quo ipsum cogitasse verisimile est. Reliqua vide sis apud Bachov. ad *rg. h. t. C. de Pact. pers. jur. al. n.* 1.

Paulus Lib. III. ad Edict.

Non autem his, qui in nostra potestate sunt, Paciscendo prodesse non possimus; sed nobis id profuturum, si nomine eorum conveniamur, Proculus ait; Quod ita recte dicitur, si in paciscendo id actum sit. Cæterum, si paciscar, ne à Titio (à Filio Cujacius) petas, deinde actionem adversus me nomine ejus instituas. Non est danda pacti conventi exceptio. Nam quod ipsi inutile est, nec defensori competit. Julianus quoque scribit; Si pater pactus sit, ne à se, neve à filio petatur; magis est, ut pacti exceptio filiofamilias denda non sit, sed doli possit l.21.§.2.d. Pactis.

1. Subtilitas adeo invalescit, ut se ipsam amittat, & Juris auctores se mutuo confundant. In tantum alius aliis pacisci non potest, ut ne Patris quidem pactum filio prosit? An ergo Patri saltem prodest, quemadmodum si Pater Filio stipuletur, sibi acquirit §.4. *I. de Inutil. stipul?* Ita Proculus putavit. Paulus & hoc negat, nisi id actum sit, quod cum facti sit, probari debet; Ergo per se nec Patri prodest Pactum, ne à filio petatur, etsi heres filii fiat, vel hic patris *supra l.* 17.§.1. Rationem Paulus idem reddit in *l.* 27.§.2.*h. t. In Stipulationibus quidem jus, sed in Pactis factum versatur*; Quæ autem facti sunt, non extenduntur ad alios, quam qui de facto convenerunt §.2. *Inst. de Stipulat. serv.* Et tamen idem Paulus refert Juliani sententiam, quod filio quidem non detur exceptio è Patris Pacto, sed tamen quod doli exceptione creditorem repellere possit, hoc modo; Tu facis dolo, quod cum Pater meus à re pactus sit, ne à me pe-

mepetas, eo non obstante, petas à me. Nonne sic ipsi fatentur Juris auctores, esse perversam & iniquam subtilitatem, quod ex pacto pro alio inito, non datur exceptio, cum qui spernit hoc pactum doli arguatur, & hoc objecto, pacti vis obtineat, ac ita subtilitas in se ipsam ruat?

2. Responde sic; doli exceptio tantum habet locum ad effectum pacti patris pro filio, qui pro unâ persona habentur; non in cæteris quæ alius pro alio inivit, pactis. Hoc autem non est insolens, ut cum stricto jure negatur actio vel exceptio è pacto vel contractu, ob æquitatem, actio vel exceptio doli aut in factum detur. Quid hic reprehenditur? cum nihil sit rectius, quam *τὸ ἐπανορθοῦσθαι ᾗ νόμος ἐλλείπει* strictum jus & defectum legis æquitate corrigere. Toto jure sparsa sunt exempla, de quo genere actum vide *ad L. 4. d. servit.* Ita visum est igitur, emendare jus rigidum ex subtiliore differentiâ pacti & stipulationis ad effectum acquisitionis inter Patrem & filium, quæ orta fuit inde, quod Pactum solummodo parit exceptionem, qua de re diximus ad *l.* 7. §. 4. *h.* Exceptiones autem non valent, nisi quatenus ipso *facto* in judicio opponuntur: Inde quicquid ad exceptiones pertinet, facti esse dicitur, & esse debet. Si quid ex ejusmodi regulis oriatur incommodi, id ex æquitate corrigunt Jurisconsulti, ut hic per doli exceptionem; qua in re laude non censurâ digni habendi sunt. Quod autem Ant. Faber ultima *h.* §. verba de doli exceptione repudiat, et Tribonianæa fingit, refelli potest ex his, quæ ad §. *præced.* habuimus & à Bachovio *d. loc. n.* 3.

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Sed quamvis fidejussoris pactum reo non prosit: plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Julianus scribit.

1. *Videlicet si hoc actum sit, ne à reo quoque petatur. Idem & in confidejussoribus est. L. 25. §. 2. & l. 26. d. Pact.*

1. Perpetua est hæc veterum doctrina, quod, ubi pacti exceptiones ex subtilitate juris non dantur, ex æquitate certis casibus exceptio doli prosit, ut jam diximus ad *l.* 21. §. 1. *& 2. h. t.* Inter hos casus est etiam, Fidejussoris pactum respectu debitoris principalis, si modo non respectu ipsius personali initum sit, sed ea mente ut etiam reo prodesset: Tunc enim meritò creditori debitorem urgenti exceptio doli objicitur, quo facit, quod Ulpianus in *l.* 10. §. *ult h. t.* Plerumque solemus, ait, dicere, doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis, ut qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione utantur, Adde *l.* 16. *eod.* sed Faber illam regulam suo arbitratu restringit, quam sane veteres noluerunt esse generalem ut quicunque non habet exceptionem pacti, is ad doli exceptionem recurrere possit; habet locum, ubi singularia causæ merita illud remedium exigunt. Inter quos casus, cur hic præsens ferri nequeat, rationes Faber idoneas non profert, ut ideo locus hic uterque Tribonianismi & erroris, ut ille vult suspectus esse debeat. Ille tenet, non posse simul esse verum, pactum alicui non prodesse, cui tamen doli exceptio datur. Quod est contra *d. l.* 16. §. *ult. l.* 21. §. 1. *& 2. h. t.* & contra quod diximus, doli exceptionem æquitatis esse ubi juris ratio

ratio deficit. Inconcinnitatis etiam arguit, quod subjicitur in *l.* 26. *Videlicet, si hoc actum sit, ne à reo quoque petatur.* Habet enim hunc sensum, ait, quasi pacto convenerit, ut à fidejussore quidem petatur, sed à reo quoque non petatur, id est, in summâ, ut à solo fidejussore petatur. Quem sensum quibus inde fidiculis eliciat, nescio: Pactum enim fidejussoris fuit, ne creditor à se nec à reo quoque peteret quod verba facile ferunt. Ut emendationes ejus variæ nihil ad rem faciant.

Paulus Lib. III. ad Edict.

Pacta, quæ turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris expedit enim timere furti, vel injuriarum pœnam. sed post admissa hæc pacisci possumus. Item ne experiar interdicto unde vi, *quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. & in summa si pactum conventum à re privata remotum sit, non est servandum. Ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona: in alia re, aliave persona noceat. L.* 27. §. 4. *d. Pactis.*

1. Primum hujus §. versum agnoscit Faber. Reliqua ut Tribonianæa & erronea repudiat. Nam si essent Tribonianæa tantum Eunomiæ non interesset, ut sæpe demonstratum est. Negat, pactum, ne experiar interdicto *Unde vi* continere turpem causam, ne quidem, si publica vis fuerit. Quid igitur facit ad regulam de Pactis, quæ turpem causam continent? Non esse in illo pacto turpitudinem, probat inde, quod ad rem familiarem pertineat. Atqui actio furti pecuniaria æque ad rem familiarem pertinet. Illud vero non intelligo, nisi ipse nihil intelligat, dum ait, Pactum, ne interdicto Unde vi experiar, valere, *dummodo pactum interpositum sit post vim factam,* quia tunc etiam valent pacta, ne furti, vel injuriarum agatur, post delicta videlicet, *admissa,* ut in *pr. h.* §. habetur. Si ergo pactum, *ne unde vi experiar,* eodem modo valet, nihil à regula initio proposita discrepat. Arguit etiam Faber hæc verba: Et in summâ, *si pactum conventum à re privata remotum sit, non est servandum.* Sed cum hactenus lectorem ad ea quæ dixit ad *l.* 7. §. 16. *h. t.* remittat, nobis idem faciendum puto.

Gajus Lib. I. ad Edict. Provinc.

Qui pecuniam à servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat: si à Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri & possit, & debeat; quia pactus videatur, ne à Titio petat; quæsitum est. Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est: id est, si justam causam intercedendi servus habuit; quia fortè tantandem pecuniam Titio debuit. quod si quasi fidejussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur: non esse inhibendum creditorem, quo minus à Titio petat. Æquè nullo modo probiberi eum debere, si eum servum liberum esse credidisset. l. 30. §. 1. *d. Pact.*

1. Anton. Faber post multam disputationem; Concludo itaque, *ait*, falsissimum esse, quod in *hoc* §. sub Gaji nomine Tribonianus ex Juliano concludit. Eum qui pecuniam à servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat summovendum esse exceptione taciti pacti de non petendo. Falsum item, quod ait, stipulatori in dominum istius servi actionem de peculio dandam esse: Falsum denique, quod pro ratione adfert, justam causam intercedendi hunc servum habuisse, si forte tantundem pecuniæ Titio debuit. Hæc Faber, qui Tribonianum non modo Gaji, sed etiam Juliani nomen & auctoritatem, esse, ubi nulla juris antiqui ad novum inflectendi causa suberat, ex sola commentandi mentiendique libidine, cui se persuasurum putaverit, cum & Gaji & Juliani scripta palam extarent, nescio. Cujacius ad *h. l.* in Juliani sententiâ nihil invenit difficultatis. Facti species: Titius debebat Gajo centum, & Eidem Titio centum debebantur à servo Tertii ratione peculiari. Titius ab hoc servo stipulatur centum, quos Cajus illi debet, habens actionem de peculio contra dominum servi. Mox tamen à Titio petit centum. Hic ait, Tu hos centum stipulatus es à servo Tertii, quem hac causa convenire potes de peculio. Non potes bis petere. Idcirco tacite pactus videris, ne hos centum à me peteres. Nam certè novatio non est, quæ à servo fieri non potest §. 3. *vers. non idem Inst. Quib. mod. toll. obl.* Sed nec taciti pacti vim inesse tali stipulationi contendit Faber, eo quod servus è stipulatu nullo modo, ne quidem naturaliter obligatur; quod merito ut erroneum putidum exprobrat Fabro Bachovius ad *tr. h. t. cap. de pact. pers. jur. al. n.* 4. ex *l.* 19. *d. Fidejuss. l.* 14. *d. O. & A.* Quod enim stipulatio Juris civilis dicitur, ad formam externam pertinet, non ut consensus qui inest stipulationi vim pacti non habeat. Non repetam quæ Bachovius illi plura reponit, & demonstrat, Fabrum ut fidentius nusquam ita nec usquam futilius agere censorem, in his quidem argumentis, quæ protulit. Unum est, illis intactum, quod mihi plus scrupuli movet, quomodo Titius exceptionem pacti habeat, ex eo quod agit, cum alii per alium hominem liberum, nedum servum actio nulla quæratur *l.* 73. §. *ult. d. R. J.* maxime, cum hic nihil extet, ex quo Titium stipulationis inter Cajum & servum fuisse gnarum statuas. Et hoc quidem ejusmodi est, ut supponendum putem, Titium Gajo hunc servum delegasse atque rogasse servum uti pro se sponderet, qui per hanc fidejussionem vel expromissionem, quia Cujacius hic promiscue sumi observat, domino peculioque nullum intulit detrimentum, quæ Titio tantundem pecuniæ ex causâ peculiari debebat. Ita nihil in Fabri censura, præter temeritatem superest.

Scævola Lib. 1. Digestor.

Imperatores Antoninus & Verus ita rescripserunt. Privatis pactionibus non dubium est, non lædi jus cæterorum. Quare transactione, quæ inter heredem & matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suæ ademptæ. Quare quicquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent; qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus here-

hereditatis; aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre. l. 3. in pr. d. Transaction.

Idem Scævola Libr. Secundo Responsor.

Controversia inter legitimum & scriptum heredem orta est, eaque transactione, certa Lege, finita est, quæro, Creditores quem convenire possunt. Respondit, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est. l. 14. d. t. de Transact.

1. Excidisse aliquid ex *l.* 14. post verba, *qui Transactionem fecissent*, cuivis liquet exemplo rursus notabili imperfectionis Florentinæ. Haloander ita supplevit, idque sequitur Gotofredus; *id observandum esse de ære alieno, quod inter eos convenisset.* Antonius Faber; è verbis Bartoli conjicit, eum legisse, *qui Transactioni interfuerunt:* Nec enim verisimile esse, eosdem qui de successione litigarunt, fuisse creditores hereditarios; Proinde sic ille emendat Textum, *sive iidem creditores essent, qui Transactioni interfuissent, sive alii creditores essent, propter incertum successionis &c.* Sed tutius est opinor, sequi Basilicos, qui locum hunc ita reddiderunt, *Εἰ μὲν οἱ αὐτοὶ δανεισταὶ ὦσι τῆς κληρονομίας, ἕπονται τοῖς συμφωνηθεῖσι: Siquidem essent iidem creditores hereditarii, sequuntur id quod inter eos convenisset.* Ita libri, quibus illi sunt usi seculo nono, habuerunt. Bartolus non habuit editionem nisi à Pisana derivatam.

2. Non licet hic nobis prætervehi notabilem Censuram, quâ Vir Cl. & de Arte nostra eximiè meritus Scævolam horum textuum auctorem eâdemque opera Justinianum prosecutus est. Sed de Justiniano, quatenus in hoc est enormitas antinomiæ, quæ non est instituti præsentis, omittam examen. Scævolæ non tam ὁ λόγος & judicium, quam τὸ ἦθος & probitas in dubium vocatur, aut potius in *secus* evidenti collocatur. Ait enim Vir Cl. *Peccatum Scævolæ tam manifestum est, ut mirer, id eruditorum observationem usque adhuc, post tot secula, effugere.* Dein postquam Scævolæ posteriorem sententiam, quæ est in *l.* 14. exposuit & refellit, ita subjicit Vir Cl.; *Atque hæc quo magis considero, eo magis censeo, Scævolam non ex animi sui sententiâ respondisse; sed ut amico rem gratam acceptamque faceret, à certo jure, quam oporteret, recessisse longius, in l.* 14. Hoc quidem ex ipso Scævola & ejus altero textu liquere, scilicet, *ubi judicio usus sit ingenuo aut minus obnoxio.* Item ex Ulpiano in *l.* 29. §. 2. *d. Inoff. Testam.* Nec ideo, *causa est*, ita pergit Vir Cl., *cur insolens videatur cuiquam, quod & auctoritate juris convictus & testimonio Ulpiani ac Scævolæ, ipsum Scævolam in d. l. 14. ex certâ incertam successionem fecisse suspicor, gratiæ ut locum daret, atque amicum ex Theophrasti, Ciceronis atque aliorum præceptis istis, de quibus A. Gellius c. 3. lib. 1. imaginariâ ambiguitate juvaret, quem servare, salvo jure salvisque Legibus, non posset. Hæc lib. 2. Probab. jur. cap. 2.*

3. Fatendum est, hoc genus Censuræ esse valde novum & invidiosum, quod abstergere, non debet invidiosum videri, sine invidiâ tamen; Non quod Juris-Ctos minus ac alios hominum ordines, suos pati manes putemus, aut eos sem-

Q 2 per

per intemerato Themidis sacerdotio fungi adseveremus; sed quod nimis paradoxum sit, eos dedecora sua in libros contulisse, nec illud nimis tritum, *si non caste, saltem caute* servare scivisse miseros. Nam quæ officia Theophrasto & Ciceroni non improbata, de reis, qui de capite fortunisque suis laborabant, innocenti mendacio vel arguta eloquentia servandis, huc adferuntur, nihil ad rem pertinent: ubi de lucro captando, vel minori in causa lucrosa æris alieni onere ferendo agitur. *Quum agitur aut caput amici, aut fama, declinandum esse de via*, Cicero & Theophrastus admittere possunt, Cujusmodi nihil in hoc negotio. Nequitia ambitionis aut avaritiæ Scævolam hic egerit in transversum, si reus est hujus Censuræ; nequitia enormis & putida, cujus sordes post mille quingentos annos adhuc oleant posteritati. Etsi merito miratur Vir Cl. hunc fœtorem, ante se, neminem tot secuus esse subodoratum; Et de Scævola quidem! in cujus scriptis aliquid singulare candoris & ingenuitatis & accurationis in adhibenda civili prudentia potest animadverti.

4. Tametsi non ignoro, quid de Scævola scripserit Connanus. *Permulta alia Scævolæ responsa notare licet*, inquit, *æquè absurda, & ut dicam quod sentio, fatua & inepta. Fuit hoc Scævolæ proprium, responsis ambiguis tela reprehensorum eludere: Ut, si qua parte peterentur, declinaret in aliam & commodo suo responsa sua interpretaretur. In quo illum ego non reprehensione modo, sed etiam pœnâ dignum fuisse judico* 6. *Comment.* 9. *n.* 9. Verum enimvero, præter quod οἱ καθόλου λόγοι κενώτεροι *generalia dicta sunt leviora*; Hujusque meritum insectationis è singulis locis colligendum foret, Censura Connani circa genus disputandi & consuetudinem τ̃ διαφυλάττειν theses suas in Arte Juris propugnandi vertitur non in eo, quod, ambitione vel avaritia corruptus sententias Juris figeret atque refigeret, ut hic redarguitur, præter quod Franciscus Duarenus Scævolæ vindicias contra Connanum masculè suscepit. Bartolomæus etiam Fajus Connani amicus in *Præfat. secunda ad opera ejus postuma* censuram hanc excusat & in iracundiam Connani, quod aliquandiu in Scævolæ responsis occupatus extricare se non potuisset, rejicit. Quicquid sit hoc ei certe debemus & Artis honori, acinprimis, inquam, Scævolæ, quod ipse passim aliis tribuendum monet ingeminatque, non aliter quam *secundum ea quæ proponuntur*, esse judicandum. Sicut autem pleraque adhuc à nobis in hoc genere exposita ejus naturæ fuerunt, ut à Juris etiam imperitis intelligi potuerint, ita in hac re dabimus operam, ne cuiquam veritas attendenti obscura videri possit. Videamus quid Scævola proponat in *l.* 3. *in pr.*

5. Casus, qui proponitur est facilis, & hujusmodi; Titius matre sua præterita, uxorem fecit heredem in suo testamento; cum mater moveret querelam inofficiosi testamenti, transactum est inter mulieres, & uxor aliquid dedit matri, ut abstineret querela. Uxor igitur sola mansit heres. Convenitur à Legatariis & manumissis, ut Legatis suis potiantur. Ait, se solam non teneri, Matrem accepisse partem bonorum; hanc eatenus unà conveniendam. Sed inanis est hæc ratio. Sola uxor est heres, integro testamento neque per querelam rescisso; nec à legatariis quisquam præter heredem conveniri potest. Sine dubio in transigendo cum socru rationem habuit uxor quantitatis bonorum, deductis Legatis & pretiis servorum manumissorum; Si non habuit, sibi id imputet neque suam negligentiam

ad

ad legatariorum injuriam referat: Legatarii & manumissi non possunt alium quam heredem indubitatum convenire, Mater abitum ex pacto, quod habet, non ex jure hereditario, nec hereditariis actionibus ideo conveniri potuit. Hæc est sententia *d. l. 3 in pr.* juxta rescriptum Imperatoris & Scævolæ, adhuc incorrupti, sententiam *per d. l. 29 §. 2. d. Inoffi. testam.* confirmatam.

6. Videamus, sultis, quod Scævola præstrictus judicio per ambitionem vel gratiam aurove subactus, scilicet, in *l.* 14. commentatus est. Verba superius scripta sunt. Inde casus est talis: Uxor heres est scripta, Mater defuncti negat valere testamentum & se legitimam heredem prædicat; Transactum est inter eas certa Lege, puta, ut uxor habeat, quæ maritus suus possedit, & semissem efficiunt; Mater id quod de bonis filii paternis adhuc erat penes ipsam, in quo est alter semis, cujusmodi transactionis specimen, de facto consultus, penes me nunc habeo; Atque ita mater & uxor, nullo prohibente, possident hereditatem, non expresso, valeat ne testamentum an secus, ut Creditores, quis jure sit heres, ignorent, in verbis *propter incertum successionis*; ambobus partes in transactione expressas possidentibus. Nihil igitur melius est, si transactio sine creditoribus commissa fuerit, quam, ut possident, ita illas convenire singulas pro parte dimidiá; nec id illæ causam recusandi habent. Quia tamen hæc res consuetos successionum terminos excedit, utilibus non directis actionibus experiundum est. Hunc casum, verbis *d. l.* 14. convenire factique species in *d. l.* 3. & *l.* 14. esse diversas, ita satis manifestum est, ut antinomia quidem esse non possit quod jam probavimus in *Prælect. ad h. t.* idemque probant Faber ad *h. t.* & Bachov. ad *π̣ρ. h. t. C. de obj. Transact. n.* 9.

7. A rationibus Juris an sit alienum, quod Scævola statuit in *l.* 14. videamus. Vir Cl. id his verbis demonstrat; *Res suadet*, inquit, *eum, qui testamento scriptus est, heredem esse & creditoribus teneri directis actionibus, idque & Græcus Scholiastes lib* XI. *Basilic. tit.* 2. *pag.* 807. *tom.* I. *ad hunc locum verissimè annotavit. Quippe heres scriptus, antequam decidit, hereditatem adiit. Alioquin quiei controversia fuit cum herede legitimo? Sed id constat, illum pro herede gessisse vel ante pactum. Iste etiam cum in transactione faceret se legitimum, licet perperam, illum tamen pro parte heredem esse & passus facile est & confessus. At primo is qui semel heres fuit, deinde non potuit hanc personam deponere l.* 88. *de Hered. instit.* καὶ τὰ ἑξῆς in eandem sententiam. Ad hæc nostra sic est ratio. Quis Viro Cl. aut Scholiastæ græculo, qui bis ad eum textum alienos sensus infert, dixit uter adjerit, scriptus an legitimus, quod illi de scripto adfirmant? Nam textus legitimum primo nominat, inter quem & scriptum heredem ait ortam esse controversiam. Si non potuit esse controversia, nisi post aditionem, ut Vir Cl. ait, Legitimus æquè potuit movere controversiam alteri, quam alter ipsi, & hic æquè potest adiisse quam scriptus, ut quidem docet Justinianus, *Item heres testamento institutus aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendo hereditatem, heres fieri. §. ult. in pr. Inst. de Acquir hered.* Qui dicit, se hereditatem suscipere, is adit, non qui dicit, se esse institutum, ve se vocatum esse ad hereditatem; qui sunt diversi gradus in verbis Justiniani Eo quod ambo dixerunt, se vocatos esse ad hereditatem, orta est controversia, non quod

ambo hereditatem ipso actu susceperunt: Id uter fecerit, non legimus, imò neuter id peremptorie fecisse dicitur. Proinde non est, quod laboremus, quomodo qui semel heres factus, hoc est, hereditatem actu suscepit, heres esse definat.

8. Evanescit etiam, quod Vir Cl. deinde movet; *Hu addo*, ait, *quodquamdiu aut heres est, aut futurus speratur, ex defuncti voluntate, tamdiu legitimus non admittitur l. 89. d. R. J.* Quid tum vero; Numquid inde sequitur, non posse controversiam oriri inter legitimum & scriptum heredem, quod in nostro textu factum dicitur, vel non posse legitimum jure suo præsidentem adeundi facto prævenire scriptum heredem? Eventu sanè Juris verum est, Legitimum à testamentario heredem excludi; de facto controverti, uter admittendus sit, & incertam haberi successionem, nihil vetat & frequenter usu venit.

9. Aliquanto validius est, quod subjicitur his verbis, *Non patitur etiam jus nostrum, eundem in paganu & testatum & intestatum decessisse l. 7. D. eod.* Hæc sane res efficit, ut statuendum sit, creditores alterutrum ex illis heredes se gerentibus in solidum convenire posse; vel legitimum vel testamentarium: qui non possunt dicere, se pariter esse heredes: Et quia necesse est, ut singuli adierint, sine quo facto non possunt hereditatem vel ejus partem ut heredes possidere, aditio autem pro parte, ab eo, qui non habet coheredem, fieri nequit, *l. 1. & 2. d. Acquir. hered.* singuli in solidum tenebuntur. Hoc ita, si palam sit, utrumque ut heredem possidere, eumque titulum præ se ferre. Verum quid si alter conventus, se ex transactione possidere dicat, non ut heredem, eam qualitatem alteri relinquens? Creditores non habentes, quo diversam probent si urgeant, instantiam puto, amitterent. Hoc ab utrovis usu venire posset, Alterutrum sane oportet esse heredem; sed hoc è transactione non liquet, ac est incertum, ut textus adfirmat. Quid opus est, creditores hujus incertitudinis adire periculum? Nihil expeditius est ipsis, quam utrumque simul convenire, pro partibus hereditatis, quas in transactione expresserint; quo jure tituloque ipsi viderint. Hoc est consilium, quod Scævola dat creditoribus, utile & juridicum, à priori specie, quæ est in *l. 3. in pr.* diversissimum; ubi unus erat manifestus heres, scriptus in testamento integro, perfecto, non rescisso. Hic testamentum valere negatur & contra tenditur; in transactione pars hereditatis utrique deciditur, non expresso, valeat testamentum, an secus. Potest dicere, se non adiisse hereditatem è testamento incerti valoris; quod habet, hoc è transactione se possidere. Idem à legitimo præferri posset. Propter hoc incertum, quod æquius, melius est, à Scævolâ suggeritur, procul à suspicione pravitatis. De inscitia non est quod Scævolæ patrocinemur. Alias etiam, quas refellit Vir Cl. interpretationes Accursii & aliorum omittimus nec facimus nostras. Hanc operam expressit instituti necessitas, quam si calumnia absit salvis amicitiæ officiis, accipi bonum & rectum esse veteres & Recentiores qui studiis suis fiderent; existimaverunt.

Gajus

Gajus Lib. v. ad Edict. Provinciale.

De his controversiis, quæ ex Testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque Testamenti verbis l. 6. d. Transact.

1. Hic locus totidem fere verbis reperitur in *l. 1. §. 1. Quemadm. Testam. aper.* Sed ibi verbum *Transigi*, per translationem relatum est ad judicata, non ad conventa sive composita, ut censet Cujacius ad *l. 1. h. t. in fin.* Quod *cum Tribonianus non animadverteret*, inquit, *ex eâ particulam in hunc Tit. conjecit: Ea est L. 6. cujus tamen falsa sententia est, si transigendi verbum ad conventa referas: sin secus, peregrina & aliena à proposito.* Quare Cujacio potius credam, verbum *Transigi* in *d. l. 1. §. 1.* metaphoricè de judicato, non proprie de convento vel de composito accipiendum esse; quam meis oculis in diversum, causam non habeo. In *l. 1. §. 1.* pollicetur Prætor, se inspiciendi describendique copiam omnibus facturum; cujus edicti manifestam esse rationem subjicit Gajus; quia nec sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas, de his controversiis quæ ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisque testamenti verbis. Transigi sine Judice, cur respicit hic Judicatum? imo conventum manifestò, maximè cum opponatur cognitioni judiciali, significat. Scopus etiam Edicti est, ut homines tam in Transactionibus extra judicium, quam in disceptationibus judiciorum copiis Testamentorum uterentur. Non potest igitur, quin hoc sit παρόραμα Cujacii, vel lapsus oblivionis. Alia sit quæstio, An ex hoc loco rectè probetur, nullas valere Transactiones de Quæstionibus Testamentariis, nisi inspectis Testamentorum tabulis; Quod si qui negant, ob errorem fictititium Triboniani, videant num verum Cujacii errorem sequi malint, quam rectâ interpretatione verborum hujus legis statuere, quod ratio & usus hac de re dictant, quod exposuimus in *Prælect. ad h. tit. n. 3.* Adde Brunnem. *ad h. L.*

Ulpianus Lib. VII. Disputat..

Si fidejussor conventus, & condemnatus fuisset: mox reus transegisset cum eo, cui erat fidejussor condemnatus: transactio valeat, quæritur & puto valere: quasi omni causa & adversus reum & adversus fidejussorem dissoluta, si tamen ipse fidejussor condemnatus trasegit, transactione non peremit rem judicatam: tamen eo, quod datum est, relevari rem judicatam oportet. l. 7. §. 1. d. Transact.

1. Quid hoc? Fidejussore condemnato si reus sive debitor principalis transigat, valet transactio; si fidejussor ipse transegit non valet; cum utriusque respectu sententia in eo statu sit, ut retractari possit, quod ad valorem Transactionis de re judicatâ requiritur, in *pr. h. l. 7.* Res tam absurda Fabro visa, ut propter hunc errorem totum §. 1. saltem à verbis *si tamen* esse putet Triboniani; cui probando captat locu-

locutiones quasdam inani Criticâ; *Relevari rem judicatam*, quasi minus id esset Latinum, quod nec Priscianus, credo, repudiet. Transactio valeat, quæritur, pro *res* valeat, per Græcismum, quasi quicquam veteribus Juctis usitatius esset Græcismis & concisis locutionibus. Idem puta de verbis, *quasi omni causâ dissoluta*. Videtur habere Faber ideam quandam Ulpianitatis aut styli Juridicialis, qualem Asinius ille *Patavinitatis*, quam nemo demonstrare possit. Postremo carpit hæc verba. *Transactio non peremit rem judicatam*; Quia sic Transactio non peremit rem judicatam sed exceptionem parit. Responsio duplex, I. Transactio peremit ipso jure causam, si Aquiliana stipulatio & acceptilatio, quod plerumque fiebat, subjiciatur *l.2.l.15.h.t.* II. Exceptio Transactionis facit, ut sententia vim suam perdat, & in effectu illam peremit *l.* 112. *d.R.J.* quo sensu eadem phrasis est in *l.9.§.ult.d.Transact.* Sed erroris causa & intempestivæ Censuræ Fabro fuisse videtur, quod in *hoc* §. 1. transactum fuisse putavit, de sententia à qua fuit appellatum vel appellari potuit sicut in *pr.h.t.* Quod nec opus nec verum esse videtur; Quis enim Tribonianum, si auctor esset, credet adeo fuisse stupidum, ut in tali casu Fidejussorem condematum, transigere posse negaret. Agit igitur de sententiâ, quæ transiit in rem judicatam, de quâ ipse condemnatus fidejussor transigere non potest *d.pr.* At nec Reus principalis, instat Faber, cujus tamen transactio valere dicitur. Respondetur, hunc qui ipse non fuit condemnatus de lite principali necdum pro se finita, ne quidem inchoata, salva juris ratione transigere posse; maxime cum & litem adhuc à fidejussore ob indemnitatem expectet. Sic iterum censoria Fabri temeritas elucet manifesto.

Ulpianus Lib. VII. Disput.

Usque adeo autem, quod datum est, etiam si non proficit ad transactionem, extenuat tamen rem judicatam; ut inde sit & dictum, & rescriptum circa alimentorum transactionem citra prætoris auctoritatem factam; ut, quod datum est, proficiat ad alimenta: ita ut, si quid amplius ex causa alimentorum deberi potest, id præstetur: quod autem datum est, imputetur. L.7.§.2.d.Transact.

1. Faber, vide rursum Triboniani elegantiam & subtilitatem Nam si Transactio non valet, ut scriptum est in præcedentibus, quomodo potest dici, id quod ex eâ causâ solvitur, vel proficere, vel non proficere ad Transactionem. Prius enim est ut Transactio aliqua sit, quam ut possit quæri, an solutum ex eâ causâ proficiat, vel non proficiat ad Transactionem. Atqui Transactio nulla est & nullius momenti, si Triboniano credimus. Inepta igitur hæc verba. Hæc Faber. Liceat nobis; Imo ineptissimè objiciuntur. Quid aliud diceret, qui Transactionem valere negat, quam id quod datum est transigendi animo proficere ad Transactionem? Quare? quia Transactio de jure non valet. Ita factum ingenium ad censuram Artis omnium architectonicæ, imo Artium Reginæ adsurgere. Si merito unquam Bachovius illum corrumpendæ Jurisprudenti natum hominem dixit, quod & Wissembachius nobis inculcat, hæc lacerandi

andi Corpus Juris temeritas illud convitium meruit. Etsi nos illos non imitabimur, Reliqua in Textu, cujus nec ille stylum arguit, optimè se habent nec Interpretis aut Vindicis egent.

Ulpianus Lib. 1. Opinionum.

Ei, qui nondum certus, ad se querellam contra patris testamentum pertinere, de aliis causis cum adversariis pacto transegit; tantum in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur. His tantum transactio obest, quamvis major annis viginti quinque eam interposuit, de quibus actum probatur. Nam ea, quorum actiones competere ei postea compertum est, iniquum est peremi pacto. Id de quo cogitatum non docetur. L. 9. §. ult. d. Transact.

1. Apparet, locum esse turbatum & suffartum notabili exemplo, Lectionis quoque Florentinæ non expertis suorum vitiorum. Cujacius ita restituit; *Cum Adversariis, pacto transegit in his tantum Transactio obest, quamvis major* XXV. *annis eam interposuit, de quibus actum probatur, non quorum actiones competere ei postea compertum est. Iniquum enim est, perimi pacto id, de quo cogitatum non docetur.* Faber adhuc magis contrahit: *Tantum in his interpositum pactum nocebit*, de quibus inter *eos actum esse probatur, non quorum actiones competere postea compertum est.* Religio tollendi quam minimum de sacro Corpore Juris facit, ut Cujacio magis adsentiamur. Ideoque retinenda putamus hæc verba, *quamvis major annis* XXV. *eam interposuit*, Etsi Faber hanc adjectionem prorsus ridiculam esse scribit; non optimus Ridiculi Judex, ut toties vidimus, eum aliis debere, quem aliis imputat risum. In toto jure minor ætas magis, & majores minus sunt favorabiles, non tantum ubi de *rescissione*, ut Faber, sed etiam ubi de *interpretatione* agitur, ut indicat totus *T. C. Ubi in integr. Rest. necess. non est*. Denique non est quod negemus Fabro. *Hunc locum summè notandum esse, contra eos qui non possunt sibi persuadere tam multos juris locos ab imperitis Interpretibus esse corruptos*: modo non præcludat nobis usum rationis, in coercendâ criseos licentia intra terminos sanæ jurisprudentiæ. Liceat & mihi hunc textum ad aliam adhibere observationem; Transactiones generalibus verbis conceptas non esse trahendas ad ea, de quibus inter partes nec actum nec cogitatum fuit; quæ est positio nostra 24. *ad h. Tit.* cui adde sis *argum. l.* 12. *h. t.*

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM III.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. VI. ad Edict.



Unc titulum Prætor proposuit, habendæ rationis causâ suæque dignitatis tuendæ & decori sui causâ, ne sine aelectu passim apud se postuletur. l. 1. in pr. de Postulando.

1. Longe melius hac parte consuluisse videntur hodiernæ Potestates suæ dignitati & decoro judiciali, quam Prætor in hoc Edicto adsequutus est. Nam is tantum prohibuit, ne pueri, surdi, cæci, mulieres, infames aliique pauci Legibus excepti pro aliis postularent, id est, causas agerent; Omnibus aliis Civibus, id à Prætore permissum fuit, esse Advocatis & Procuratoribus in Judicio. In propriâ vero causâ jus postulandi dabatur ipsis quoque personis, si duas priores excipias, in Edicto prohibitis. Hunc Fori statum, si nos hodie experiremur, omnia confusione rerum hominumque, vocibus ineptis & turbidis, imo rixis & tumultibus plena videremus; cum nunc etiam paucis hominibus doctis, in foro tritis, legali disciplinâ coercitis, huic negotio solis adhiberi consuetis, ordo decori & dignitatis publicæ aliquando periclitetur. Quid si ad tribunal adfluerent, feminæ, viri, cives & rustici, infames & honesti, de quibuslibet rebus litigiisque, sine juris peritis, dici non potest, quanta deformitas & perturbatio judiciorum inde oriretur. Cujus rei præsens usus & necessitas in omni Europâ, paucis locis exceptis, fecit, ut nemo propriam aut alienam, sine veniâ postulandi prius impetratâ, causam agere possit, etsi forsitan ipse dicendi validior & doctior, qua de rediximus *ad b. t n.* 8.

2. Speciem habet hæc Censura, vim quoque prægnantem, si credimus eodem modo

modo se res semper humanas habuisse, quo nunc volvitur orbis, τῷ νῦν ῥυθμῷ. Verum qui novit, simplicitatem veterum in rebus Civium cognoscendis, disceptandis, judicandis, quam apud Græcos & Romanos, etiam Hebræos aliosque populos obtinuisse, passim ex historiis liquet, de hujus argumento Censuræ parum laborabit. Judicis officium constat paucis, Facti & Juris notitiâ; de facto partes ipsæ judicem erudire possunt, ejusque præsens auctoritas circumfusam tribunali turbam intra modestiæ limites, addito Imperio, facile coercebat. Jus ipsemet applicabat aut Jurisperitos consulebat: Advocatis JurisConsultis ita nihil erat opus. Usu temporum, ut fit, Patroni primo, ad causas agendas, qui ab Advocatis distincti erant, adhibiti. Postea Patronorum & Advocatorum conjuncta sunt officia, & privati indoctique paulatim ab alienis causis alienati, non tamen prohibiti sunt, nisi ultimis seculis, idque nec omnibus in locis. Quanto minus à simplicitate Juris Gentium Fori praxis recedit, tanto eam nemo negabit esse præstantiorem: Talis autem vetus illa, quæ omnes mentis & sermonis compotes ad suos, & plerosque ad alienas lites agendas admittebat, hauddubie fuit; nec metuimus, ut hæc Juris Romani veteris defensio, recentiorem Advocatorum Jurisque peritorum dignitatem usumque deteriori loco exponat: Si quis enim res humanas ad pristinum statum, quo publicis Advocatorum & Procuratorum officiis facile carebant, reducere possit, nihil erit causæ, quin Advocatis aliud quod agant, sit quærendum. Utique si Coloniam in novi orbis terras mittere quis velit Rex aut Populus, si Advocatos & Procuratores eo non mittendos putaverit, non magis hac causâ, quàm *Ferdinandus Catholicus*, quem hoc unum genus in Americanas Colonias ire prohibuit, reprehendendus fuerit. Sed hæc mutatio tam parum Jurisperitos habet sollicitos, quam Veteri Jurisprudentiæ periculum est ab hac Censurâ.

Ulpianus Lib. IV. ad Edict.

Initium autem fecit prætor ab his qui in totum prohibentur postulare, in quo Edicto aut pueritiam aut casum excusavit. Pueritiam, dum minorem annis decem & septem, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare; quia moderatam hanc ætatem ratus est, ad procedendum in publicum, qua ætate aut paulo majore fertur Nerva filius & publicè de Jure responsitasse l. 1. §. 3. d. Postuland.

1. Non probatur hæc in publicum prodeundi festinatio Pontifici Romano; qui minores XXV. annis ad negotia quidem procuratores admittit, ad judicia vero nequaquam *C. qui generaliter* 5. §. *ult. d. Procurat. in* 6. Proinde cum Postulandi, id est, Advocati officium majus & gravius sit, hoc multo minus ab eo probari consentaneum est. Sed Romæ veteris hac parte judicium melius esse, docet usus Fori & plerorumque populorum, qui tam Procuratores quam Advocatos ante annum ætis XXV. admittunt, nec eos pœnitet instituti quod adolescentes hac opera & Eloquentia forensi quam primum occupari, à nugis ad magis seria transferri & ad majoris momenti negotia præparari publice quam maximè interfit: modo cruda ex Academiis studia in Forum non protrudantur; quâ in re ut à

multis malè consulitur, ita postulandi agendique veniam in longius proferendo non satis evitatur. Alii sic objiciunt; Minor in propria causa non potest in judicio consistere *l.* 1. *&* 2. *C. Qui Legit. pers. stand. in jud.* potest tamen in causa aliena, ut in hac thesi habetur & in §. *Justæ l. Quib. & quib. è caus. manum.* quod absurditatis arguit Justinianus in §. *item major* 13. *I. de Excus. Tut.* Ubi: Cum *sit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, aliorum curam subire.* Ita D. Anton. Matthæus *disp.* 9. *Fund. Jur. th.* 22. Sed hanc objectionem minus à Jurisperito expectemus, quam ab his qui Artis nexum ignorant. Quod enim minores in propriis causis non admittuntur Actores, id fit, quia læsi per beneficium restitutionis judicia redderent elusoria: Quod in aliorum causis facere non possunt; quia Procurator minor non restituitur, eo quod beneficium Restitutionis domino sive mandanti prodesset contrà mentem Prætoris *l.* 23. *d. Minor. junctâ l.* 4. *eod.* Quæ ratio facit etiam, ut minori non liceat esse defensori; cum Procurator, ut dictum, esse possit, *l.* 51. *in pr. d. Procurat.* quo pertinet *lex* 12. *C. eod.* ubi defensoris & Procuratoris vox usu promiscuo permutantur, ut alias demonstratum. Hunc D. Matthæus in *disp. fundam* 10. *n.* 29. retulit Textum inter ea loca, in quibus JurisConsulti principium petunt, aut inertes otiosasque rationes reddunt. Forte quod ad causam prohibitionis refertur id quod rem suadet & laudat? Minorem annis 17. postulare prohibuit, quia moderata est hæc ætas: vel quod identica sit ratio, cur minor annis 17. admittatur? Sed Utraque objectio inanis & responso vix est digna. Quis enim non videt, esse concisam hic orationem, *minores annis* 17. *prohibentur*, & qui sunt hujus ætatis admittuntur *quia Prætor hanc ætatem ratus est idoneam ad postulandum*, quod vivo firmat exemplo Nervæ filii, qui in illa ætate publice de Jure responsitaverit. Verba media quilibet ultro supplere poterat, otioseque & inerter adjecta fuissent; compendium orationis longe melius. *Identismum* autem in ista ratione nemo lector æquus esse dixerit.

Ulpianus Lib. VI. ad Edictum.

Secundo loco edictum preponitur in eos, qui pro aliis ne postulent. in quo edicto excepit Prætor sexum, & casum: item notavit personas in turpitudine notabiles. Sexum, dum feminas prohibet pro aliis postulare. & ratio quidem prohibendi; ne, contra pudicitiam sexui congruentem, alienis causis se immisceant; ne virilibus officiis fungantur mulieres. origo verò introducta est à Carfania improbissima femina, quæ inverecundè postulans, & magistratum inquietans, causam dedit edicto. Casum, dum cæcum utrisque luminibus orbatum prætor repellit: videlicet quod insignia magistratus videre, & revereri non possit. Refert etiam Labeo, Publium cæcum Asprenatis Noni. patrem aversa sella à Bruto destitutum, cum vellet postulare. quamvis autem cæcus pro alio postulare non possit: tamen & senatorium ordinem retinet, & judicandi officio fungetur. Nunquid ergo & magistratus gerere possit? sed de hoc deliberabimus. exstitit quidem exemplum ejus, qui gessit. Appius denique Claudius cæcus consiliis publicis intererat, & in senatu severissimam dixit sententiam de l'Urrbi captivis.

vis. Sed melius est, ut dicamus, retinere quidem jam cœptum magistratum posse, adspirare autem ad novum penitus prohiberi, idque multis comprobatur exemplis. l. 1. § 5. d. Postulando.

1. Faber iterum cum suis, non Triboniani ineptiis hunc locum oppugnat. Specimen ejus rationum cape sis Lector. Cum proxime dictum esset, cœcum retinere Senatorium ordinem, non erat quærendum, an Magistratum gerere possit; an non enim Magistratum gerit, qui Senatorium ordinem retinet? Non poterat inscitiam Juris melius detegere, quam Magistratum ab ordine Senatorio non distinguendo; Quis unquam inter majores aut minores magistratus retulit Senatores? Pomponius in *l. 2. d. O. J. à* §. 14. incipit enumerare magistratus; cum antea de Senatu egisset. In honore Senatores esse justius adfirmari poterat. Attamen, quia per excellentiam honos de Magistratu accipitur, Senatores honorem gerere negantur in *l. 7. §. pen. d. Interd & Releg.* Reliquas à stylo ratiunculas facili manu refellit Bachovius ad *τὰ Πε: h. t. n. 2. p.* 147. & à Lectore sine repetitione nostra facile profligabuntur. Ejusdem furturis est ejus censura ad ultima verba §. 1. *Qui adversus ea fecisse monstretur, & pro aliis, interdicta postulatione repellitur, & pro æstimatione judicis, extra ordinem pecuniaria pœnâ mulctabitur.* Si quid solidi proferret, id justâ oratione persequi non cunctaremur; sed nihil ejusmodi Argutiæ & suspiciones quæsitæ merentur, ut lectoris attentionem ad meliora frangamus.

Ulpianus Lib. VI. ad Edict.

Deinde adiicit prætor: qui ex his omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit. eum, qui ex his, qui supra scripti sunt, sic accipe, si fuerit inter eos, qui tertio edicto continentur: &, nisi pro certis personis, postulare prohibentur. ceterum si ex superioribus: difficilè in integrum restitutio impetrabitur.

1. De qua autem restitutione prætor loquitur; utrum de ea, quæ à principe, vel à senatu: Pomponius quærit. & putat, de ea restitutione sensum, quam princeps, vel senatus indulsit. An autem & prætor restituere possit, quæritur. & mihi videtur, talia prætorum decreta non esse servanda: nisi sicubi ex officio jurisdictionis suæ subvenerunt: ut in ætate observatur, si quis deceptus sit; ceterisque speciebus, quas sub titulo de in integrum restitutione exsequemur. Pro qua sententia est, quod si quis famoso judicio condemnatus, per in integrum restitutionem fuerit absolutus: Pomponius putat; hunc infamia eximi. l. 1. §. 9. & 10. d. Postul.

1. Hunc locum adversus Fabrum vendicabimus, quia Bachovius præcipuam ejus rationem non attigit: Quæ hæc est; Quod nulla dubirandi vel quærendi fuerit ratio gravibus Jurisctis Ulpiano & Pomponio in hac hypothesi. Enumerati sunt in *præcedentibus* §§. qui propter varia delicta postulare prohibentur; Hic admonitio collocatur, nisi quis eorum sit *restitutus* cum sententiam passus esset, quod cum à Principe solo fiat vel à Senatu, cui fere boni Principes hanc potestatem reliquerunt, qua de re latius actum in *lib. 1. Digress. c. 21. & sequ.* quemadmodum ex *tit. ff. de Sententiam passis & restitutis* novimus, quis ab Ul-

piano & Pomponio expectaret, ut anxie quærerent, an & Prætor hanc restitutionem facere possit; Sed Tribonianus, quo fuit stupore inscitiæ, ingenium suum hac insulsâ quæstione ostentate voluit, scilicet. Nisi potius Faber hoc aliisque speciminibus fidem fecerit; nimium acumen & argutandi subtilitatem, præstringere judicio recto & populari, quo & Ars Juris est condita & sine quo non valet ejus interpretatio. Prætor in Edicto suo excepit; *Nisi quis in integrum restitutus erit:* Principis & Senatus restitutio sine dubio intelligitur: Sed an Prætoris officium in hac restitutione nullum adeo locum habet, ut de illâ quæri non potuerit? Atqui Prætorem ob ætatem, dolum aliasque causas è delicto privato comdemnatos restituere posse certum est, idque Faber ipse fatetur. Cur non posset alicui in mentem venire, Prætorem etiam de hac restitutione suam intellexisse exceptionem? Imo quid ni & illam intellexerit? In § 8. prohibiti omnes qui famoso judicio damnati sunt. Damnatus est aliquis, sed dein à Prætore & causa denuo cognitâ restitutus & absolutus est. Non continetur sub prohibitione postulandi. Merito tamen hoc monendum fuit, & proinde cum prætoria restitutio non sit penitus à sensu hujus exceptionis remota, cur absurdum videatur, quod Pomponius quæsivit, an in Prætoris Edicto, per Restitutionem sua quoque restitutio intellecta fuerit. Numquid inepta quæstio est, ad quam per distinctionem respondendum fuit, ut hic ad eam respondetur. Restitutio vel fit à pœna, vel à Judicio. A Pœnâ prætor restituere non potest. Sed Princeps solus aut Senatus: A Judicio, ut nova causæ cognitio fiat, potest restituere, eaque restitutio in Edicto etiam comprehenditur. Quæ addit Faber à verbo *Speciebus*, *& exequemur* quasi hæc minus Latina sint *in hoc textu*, non merentur refelli, nisi è Lexicographis, ubi obvia sunt. Quod attinet ad verba; *Quas sub titulo de Integrum restitutione exequemur* sicut Ulpiani, quominus sint reverâ, nihil obstat, ita si maxime sint Triboniani, nihil Eunomiæ rationibus derogarent.

Iuliann s Lib. 1. ad Edict.

Prætoris verba dicunt; Infamia notatur, &c. Qui artis ludicræ pronuntiandive causâ in scenam prodierit &c. Si quis injuriarum suo nomine damnatus pactusve erit. Qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi suo nomine, non contrario judicio damnatus erit. Qui eam quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis uxorem duxerit, & qui cum quem in potestate haberet, eam sciens ducere passus fuerit &c. l. 1. d. His qui infam. not.

1. Quænam hæc prostitutio famæ & existimationis Civium est, ob ludicras & leves causas infamia notatos quasi ex albo Civium expungere, eoque redigere, ut vita quasi supplicium, mors solatium sit? Ita enim merito cordati homines in animos suos inducunt, famam vitæ comparandam esse, nec hujus magis quam illius rationem esse habendam. Infamia omnem fidem enervat, omnemque dignitatem & honorem adimit, ita ut infames nullius muneris publici participes esse

esse possint *l.* 2. *ubi Gl. C. de Dignit. lib.* 12. *l. Ne quis C. de Decurion. lib.* 10. veluti in postulando *l.* 1. §. 7. *d. Postul.* Adsidendo *l.* 2. *d. Off. Adsess.* judicando *l.* 2. §. 1. *d. Judic.* militando *l.* 3. *C. de re milit. lib.* 12. Tanto malo dignos haberc illos, qui pronuntiandi causâ in scenam prodierint? quod plerisque populis innoxiæ delectationis & aliquando amœnioris institutionis loco habetur; nonne modum publicæ disciplinæ enormiter id excedit? Ita quidem ex professo Albericus Gentilis in *Tract. de Actor. & spectat. fabul. non notandis.* Quid vero durius, quam injuriarum condemnatos pactosve viros matronasque reddere infames? Fora populorum etiam Christianorum, personant actionibus & condemnationibus injuriarum, plures adhuc pactionibus transiguntur. Omnes illos haberi infames, arceri à dignitatibus, à testimoniis, à militia, è consortiis honestioribus, quam faciem Reipubl. exhiberet? non modo intolerandum; sed etiam absurdum & ex iis rebus quæ facultatem non habent, existimaretur, his quidem temporibus & opinionibus eorum, quibus nunc stat res humana virorum mulierumque. Nec tamen his quoque sanum animi judicium & boni malique æstimationem superesse, non minus quam populo prisco Latino, negari potest. Quid jam de nuptiis intra annum luctus contractis? Multâ tres transmittitur modicâ, cum severi sunt judices, eaque solis infligitur contrahentibus, non his qui passi sunt eas contrahi: Crudele supraque negotii modum longe lateque crederetur, si quis vel quæ honestorum honestarumque numero exemptus exempta quasi capite minueretur, ob factum, quod à severioribus quidem adducto supercilio reprehenditur, à plerisque jocis elevatur. Infamiam certè, quam morti propinquam homines pœnam arbitrantur, hisce factis nullo modo convenire statuunt omnes populi: At judicium commune raro aberrat: Vox populi, vox Dei, est in Proverbio. Postremo, quod etiam è contractibus, Mandato, Deposito, Societate, Tutelâ damnati fiunt infames Jure Romano, superiorum quoque rigorem exemplorum superat. Idque à Prætore fieri minus expectatum est, eo quod hujus Jurisdictio ad humanitatem & antiqui rigoris, cui par non fuit posteritas, mitigationem comparata fuit *l.* 7. §. 1. *d. Just. & Jur.* Plane vel turpitudinem in hisce causis majorem, vel æstimationem famæ minorem fuisse Prætori & JurisConsultis Romanis ob oculos, quam ratio ferat, statuendum videtur.

2. Antequam responsio ad hanc Censuram collocetur, primo illis satisfaciendum, qui Jus Romanum hac parte adhuc in usu Fori nostri agnoscere videntur (de Frisiâ, vicinisque regionibus loquor,) de quâ id mihi exceptis forsitan ludorum actoribus, nullo modo videtur. Etsi duo Viri principes fori nostri, Sandius & Herbajus ita de actionibus injuriarum supponunt, in his nominatim locis; Herbajus in *cap.* XI. *Rer. quotid.* serio disputat, an, si duo invicem agentes injuriarum, compensatione mutuâ dimittantur, ejusmodi condemnatio, an absolutio partibus infamiæ notam infligat; non acumine theoretico, sed usu & discretione pragmatica, sicut omnium ipsius argumenta disputationum comparata sunt. Sandius autem in *lib.* 5. *tit.* 8. *def.* 9. quæsitum narrans, an mulier à marito verberibus adfecta injuriarum agere possit, negativam hac ratione judicatam firmat, quod actio famosa non detur inter Conjuges *l.* 2. *D. & C. Rer. amot.* nisi quod observat, inter Doctores ambigi, an ob modicam & levem injuriam condemnatus infa-

infamiâ notetur, aliis ajentibus, aliis negantibus, ut videre sit apud Berlichium *part.* 5. *Conclus.* 63. *n.* 14. Quid quod idem Sandius *eod. tit. def.* 6. refert, ideo de injuriis in Arbitros compromitti non posse, quod judicium hoc famosum sit, secundum *l.* 32. §. 6. *d. Recept. qui arbitr. recep.* At vero his non obstantibus dicendum est, hanc rem adeò indubitatâ publicæ conscientiæ certitudine apud nos in diversum constare, ut dubitare nefas sit, an quisquam ob injuriam, licet atrocem, condemnatus infamis fiat. Nisi id specialiter expressum fuerit, quod vix unquam usu venit. Ipse id expertus est Sandius, sed aliquamdiu post scriptas decisiones. Fuerat Vir spectatus, qui ausus erat, de Sandio, gravitate non minus & probitate, quam eruditione conspicuo Viro, prædicare, quod in Conventu amicorum Quæstoris Bootsma, satis noti in Frisia, ingentem pecuniæ vim obtulerat cuidam, ut falsum testimonium pro Quæstore illo, Sandii affine, diceret. Vocatus hac de re in Jus, cum probare non posset dictum Calumniator, ille cingulo quidem suo, quod tunc habebat, exutus est; à futuris dignitatibus non fuit exclusus, adeoque nec infamis est factus ad *diem* XIV. *Februar.* 1637. Quin adeo multum abest ab infamiæ contage, hodierna condemnatio injuriæ in nostro, inquam Foro, ut etiam *Recantatio*, quæ in satisfactionem partis læsæ à Veteribus pragmaticis infamiæ surrogata fuerat, jam penitus apud nos, inquam, sublata sit. Aliarum tamen gentium etiam pragmaticos Scriptores à Juris Romani regulis hac parte non ita recedere videmus, quos ordine longo recenset Carpzovius *part.* 2. *Criminal. Quæst.* 94. *n.* 69. Vereor tamen, ne non ita potius ex abstracta juris ratione, quam ex usu rerum hominumque loquantur, quod Carpzovius agens de infamiæ praxi. *Et hoc quidem*, inquit, *de jure verissimum est. Attamen hodiernis moribus, ex hominum opinione infamia magis æstimatur*, *part.* 3. *Qu.* 135. *n.* 52. Fere quemadmodum D. Schotanus in *Exam. ad tit.* π. *de His qui infam. not.* Moribus *hodiernis*, inquit, *ad infamiam non tam facile proceditur.* Nec effectus illi notabiles exclusionis â cunctis dignitatibus & testimoniis omnique civili & publicâ honestate adversus injuriæ simpliciter damnatos in plerisque populis exerceri videmus.

3. Sed ego partes Juris Romani facile tuebor adversus hanc nostri seculi & soli Censuram. Et primo quidem, de his *qui Artis ludicræ pronuntiandive causâ in scenam prodeunt*, habemus suffragium Præceptoris nostri, cujus ad hæc verba Prætoris ἐπίχειρος est, MERITO! Laudato Augustino, qui *Theatra turpitudinis vitiorumque omnium sentinam & Scholam* vocavit, *Comm. ad h. t. n.* 15. Quod ne quis hodiernæ & Veteris scenæ disparitate eludat, addit, de his quæ hodieque fiunt, *Sæpenumero non sine atroci blasphemia sacræ historiæ in ludis scenicis tractantur. Spectantur histriones induti vestibus muliebribus*, contra Legem Dei *Deut.* 22. *v.* 5. Claudit tandem, *Denique ludos ejusmodi non raro sequitur luctus:* quod altius repeteret, si Danicum recens audiisset exemplum. Non potest Vir optimus, quin atro carbone notet Disputationem Alberici Gentilis, quam scripsit, ut suprà diximus, de *Actoribus & Spectatoribus fabularum non notandis*. Romani tamen JurisCti verba Edicti ad eos, *qui quæstus causâ & propter præmium in scenam prodeunt*, prudenter restrinxerunt *l.* 2. §. *ult. h. t.* Hos enim perfrictæ frontis & perfectè nequam esse plerosque, docet usus & omnium exempla temporum. Adeo, ut neque

neque desperem, illos hodieque à dignitatibus & testimoniis, utique dum artem illam exercent, exclusum iri. Quod si non eadem ubique sit æquabilis observantiæ gravitas, nulla tamen gens suam facilitatem in comtemptum Romanæ severitatis meritò prælatura videtur.

4. Videamus actiones Injuriarum. In quibus si rationes theologicæ & philosophicæ valebunt, à facilitate moris hodierni, apud nos inprimis recepti, non fuerim alienus; Si juridicis utendum rationibus, sicut his utendum est, pro Romanis stabimus & Censuram nostri temporis facile sustinebimus. Si Rempublicam haberemus consistentem ex hominibus in Christi schola subactis ad ferendas injurias, ad precandum pro his qui execrantur ipsos, ad augendos tunicâ, pallium auferentes, ad alteram malam, post acceptam in altera plagam, offerendam; vel ejusmodi sapientibus, qui negant sui similes injuriâ adfici posse, nihil foret convenientius, quam ut Judices eorum constantiam & pietatem imitarentur, & infamiâ, palinodiâ cæterisque ad animadversionem spectantibus graviorem pœnis, injuriarum reos allevarent. Verum si plebes nostræ in communi morum disciplinâ non multo sint meliores, quam olim fuit Romulea (cum qua si comparem hac parte nostras, injuriam nemo his fieri dixerit) Leges ita sunt ferendæ moderandæque, ut vulgus pacem ferre velit & cogatur; quam nihil frequentius Injuriis & Contumeliis turbari, videmus omni die. Quid magis incitat homines ad aliis insultandum verbis & verberibus, quam quod nauta vel bajulus intelligit, quanti constet ictus pugni, alienis oculis impacti, aut barba capillusve vullus, vel si placeat, os cultro dilatatum: Et Consul aut Tribunus, quanti pluris sibi constet, in Curiâ an in corte Collegam invadat, contundat, vellat aut proterat. Mittit viatorem, de nostro usu loquor, qui offerat æs statutum, vel ad judicem ubi ventum fuerit, satis in tempore pecunia in sacco paratâ defungitur. Si pars læsa judicis officium imploret, haud equidem surdas aures inveniet; at litiget suo periculo & in impensas adversario expectet, uti cum ludibrio damnetur. Romana Lex Rhadamanti de talione regulam censuit ex parte saltem hic adhibendam. Id egit auctor injuriæ, ut alium contemptui & ignominiæ exponeret: Ita enim arbitrantur nationes, Christianæ non minus, etsi parum ex Lege Christi, quam antiquæ; homines, qui impune se contumeliis injuriisque vexari & operiri patiuntur, esse degeneres, infames, nec in Collegiis ullisve honestioribus ferendos consortiis. Quod igitur alius alii per injuriam inferre conatus est, id ipse jure justo, ferat oportet, nec quisquam id ut durum aut iniquum insimulare potest. Quod si apud nos popularis adversus patientiam opinio minus quam alibi severa videatur; hoc tamen nemo neget, indignum esse Viro generoso, pro injuria qualibet atroci vel levi contentum esse pecuniâ & devorare dedecus impactum. Aut hoc tamen faciendum, aut retorquenda injuria, ut quidem se habet Fori nostri praxis, dum reos injuriarum defungi patitur oblatione pecuniæ satis exiguæ singulis injuriarum speciebus impositæ, nulla ratione honoris actori injuriam passo reparandi habita. Quod non est mirum, si plerique adspernati, manu & talione satisfactionem sibi procurare malint. Idque nisi deinceps per hanc musteam praxin, ignotam veteribus, increbrescat, aut gens nostra mirifice pia, vel præ omnibus aliis indole sit degeneri oportet. Nec quidem hac ratione pietas adseri potest; Nam qui pecunia ac-

ceptâ, sine re judicata, sine notâ suæ innocentiæ & alterius injuriæ acquiescit; ipse honorem suum pecunia æstimavit; quod nego esse pietatis; hæc vult animo magno, Christi causâ, sperni & ignosci injuriam. Quid est igitur aliud hæc praxis, quam hominibus non factis ad hanc infinitam patientiam monstrare viam, non timidis dulcissimam, paria referendi paribus & vice mutuâ offerendi pecuniam? Nihil enim est verius, quam ubi desinunt judicia, ibi incipere bella, desinunt autem, ubi judicium honoris causa dictatum præscinditur, oblata pecunia, quam Lex doloris solatio, non honoris reparationi præscripsit. Pœna debet habere proportionem delicti; quæ nulla est inter honorem & pecuniam; est inter injuriam & infamiam; quæ proinde sit verissima, justissima & sanctissima veteris *Eunomiæ* constitutio. Nisi cui forte secus videatur de adjectione Prætoris, quâ etiam *pactos*, id est, eos qui condemnationem pactione vel transactione prævenerint, infamiâ notavit, eò quod pactus habeatur pro confesso & convicto. Quod tamen rursus ita limitatur, si pecuniariâ pactione transegerit. *L. 6. §. 3. h.* Nam deprecari licet, ne alioqui nullus veniæ locus detur, *d. l. 6. §. 3.* Plane si Jus Civile maneret, salvâ tamen exceptione, quam judices ob merita circumstantiarum, in sententia facerent, observandum fore non negamus; ut si judex ob causas justas honorem condemnato reservet, qua de re probat Carpzov. *part. 2. Crim. Qu. 94. n. 48.* Nec esset ab æquitate aliena moderatio, quam dictat Juris Canonici auctoritas, injuriæ modicæ negantis infamiam esse pœnam *c. 23. x. de sent. & re jud.* quam esse DD. communem testatur & probat Carpzov. *d. Qu. 51. n. 25.* Nec adeo recusemus, quæ in hanc partem postulat Groenewegius ad *tit. Inst. de Pœn. tem. litig. §. 2.* Etiam illud, quod hodie frequenti usu Fori servatur, ut solutione mulctæ singulis injuriis impositæ ante sententiam Reus infamiam evitare queat, ut probat Gail. 2. *obs.* 103. modo tamen Recantatio in satisfactionem honoris, ubi illa non est abolita, minime tollatur aut evitetur, ut fieri non debere per ea quæ Gailius habet *d. cap.* 103. colligi potest. Quod si recantatio injungatur, nihil erit difficultatis in finiendâ per oblationem ejus quod sententiâ obtineri potest, lite motâ.

5. Transeamus ad judicia Societatis, Mandati, Depositi, Tutelæ, quorum condemnationes Edictum Prætoris æquè notat infamiâ; modo quis actione directâ, non judicio contrario fuerit conventus; Rationem Ulpianus reddit, quia in contrariis *non de perfidiâ, sed de calculo agitur l. 6. §. ult. h. t.* Hanc quoque severitatem moribus hodiernis, ut longe suprà meriti modum, improbari, non est quod moneamus; nisi quando ob insignem malitiam, quibusdam aliquam partem infamiæ nominatim per sententiam usu veniat irrogari, quod perquam raro fieri docet experientia. Severitatem hanc fuisse Romanis veterem Cicero testatur in *orat. pro Cecinâ. Qui per Tutelam aut Societatem, aut rem mandatam, aut fiducia* (Depositi.) *rationem fraudavit &c. est turpe judicium* &c. in *Narrat.* Nominatim de Societate idem in *Orat. Pro Roscio*; *Rectè*, inquit, *majores eum qui socium fefellisset, in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere.* Et in Orat. *pro Quintio*, ubi de Quæstione societatis agitur, *Si causam eam perdat, futurum est*, inquit, *ne Quintius in Civitate sit, ne locum suum, quem adhuc honestissimè defendit, obtineat, ne numeretur inter Cives, decernat de vitâ & ornamentis*

mentis suis omnibus: quæ cum famâ sua pariter amitteret. Atqui hæc mala non esse graviora, quam meretur aliquis eo quod in contractu male versatus est, nemo cum ratione sustinere posse videatur; Præsertim, si & negligentiæ defectus in minimis rebus tam atrociter habendus sit, ut quidem Cicero de Mandato scribit in *Orat. pro Rosc. In minimis rebus qui mandatum neglexerit, turpissimo judicio condemnatur.* Et mox. *Etiam negligentia in crimen mandati judiciique infamiam revocatur.* An nondum fatebimur, heic habere locum, illud, *Excessit medicina modum?* Primo velim rursus audiatur Cicero ex *Orat. pro Rosc.* Itaque *Mandati*, inquit. *constitutum est judicium non minus turpe, quam furti; Credo, propterea, quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operæ nostræ, vicaria fides amicorum supponitur; quam qui lædit, oppugnat omnium commune præsidium & quantum in ipso est, disturbat vitæ societatem. Non enim possumus omnia per nos agere; Alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiæ comparantur, ut commune commodum officiis gubernetur.* Et mox; *Ergo idcirco turpis hæc culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem. Nam neque mandat quisquam fere, nisi amico, neque credit, nisi ei, quem fidelem putat.*

6. Dicendum quod res est, Amicitia longe sanctius à veteribus habita & exculta fuit, quam hujus seculi secta ferat aut adsequatur, imitatione vel æstimatione; juxta quam imparitatem non est mirum, ejus violationem minime tam graviter hodie, quam olim usu venit, æstimari. Quis autem vel his temporibus neget ea quæ Cicero dixit, esse vera, usu que novissimi discrepantiam esse crimen seculi? Idque si de Societate Mandatoque tenemus, facile ad Depositum, in quo perfidia deformior, & ad Tutelam, ubi multo pernitiosior est, transferri posse, ratio manifesta dictat. De Christianis primævis in celebri epistolâ Plinii ad Trajanum & de illorum confessione legimus, illos inter argumenta consensus sui, habuisse articulum, *Non abnegaturos esse Depositum*, ut insigniti sceleris specimen. Nequidem igitur hac parte seculi Censuram agnoscimus.

7. De secundis Nuptiis intra annum luctus ratio dubitandi, an huic rei infamiæ pœna merito sit imposita, major esse videtur; quia non satis constat, an hoc tempus luctus habeat aliquam necessitatem moralem, aut etiam valde probabilem rationem. Tempus illud luctus est annuum more majorum, ut Seneca 8. *epistol.* accurate decem mensium, ut idem in *lib. de Consol.* jure novo annus integer *l. 2. C. de secund. Nupt.* Ordines Frisiæ annum luctus, ut Romani Veteres, ad tempus, quo mulieres uterum gerunt, restrinxerunt. *I. Stat. 1. tit. 13.* quoniam id tempus sufficit ad discernendam τὴν τ̃ γονῆς ἀδηλίαν, *seminis & fœtus incertitudinem.* Sed Pontifices Romani, quorum in hoc genere Censuræ non spernenda est auctoritas, aliter sentiunt. Urbanus III. ad Exoniensem Episcopum ita rescripsit, his verbis; *Super illa quæstione, quâ quæsitum est, an mulier possit sine infamiâ nubere intra tempus luctus secundum Leges definitum: Respondemus; quod cum Apostolus dicat, mulier viro suo mortuo, soluta est à Lege Viri sui, in domino nubat, si voluerit; per licentiam & auctoritatem Apostoli, ejus infamia aboletur c. 4. x. de Secund. Nupt.* Idem scripsit Innocentius Papa, III. ad nobilem mulierem in *cap. ult. d. tit.* Conclusio equidem Pontificum est contra infamiam, unde sine dubio fluxit hæc remissio in mores gentium, solam. Ratio illorum nec minus ipsa con-

clusio tacita stat contra universum luctus institutum, quam viduabus evidenter satis remittunt, κακοζηλίᾳ magis Censuræ super Imperatores lugendi auctores, exercendæ, quam ex Apostoli sententiâ, qui nihil minus cogitavit, quam libertatem ad secundas transeundi nuptias vertere in contemptum civilis constitutionis de honestate luctus. Quam verbis, *nubat in Domino*, potius injungi quam remitti nemo dubitet, qui meminerit, quo pacto ubi τὸ εὔσχημον καὶ εὐπρόσεδρον, observantiam honesti atque decori, ipsamque mali speciem vitare nos doceat Apostolus, nedum ut Christianos à paganis abstinentiâ & verecundiâ superari legesque duntaxat probabiles à Potestatibus latas spernere pateretur. Si momentum rei & luxuriæ in hac festinatione deformitas bene perpendatur, nemo Romanos Veteres novosque Cæsares, ob hoc infamiæ decretum, Censura dignos, & si moris hodierni indulgentiam non damnet, existimabit. Postremo, si quis infamiæ notam in perpetuum inflictam nimis horridam putet, is cogitet, in promptu fuisse Principum è causis probabilibus, remissionem aut restitutionem. Cujus moderatio severitatis hujus invidiam melius molliret, quam infinita remissio licentiam hodierni moris incitat omnemque modestiam dissolvit.

Ulpianus Lib. VI. ad Edict.

Contrario judicio damnatus non erit infamis: nec immeritò. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi. l. 6. §. 8. d. His qui not. infam.

1. Quid hoc? Dissensio de calculo, judicio solet dirimi. Ergo inde non oritur infamia. An igitur, quod infamiâ punitur judicio non dirimitur? Non cohæret. Ideo Faber putat erratum esse, legendumque *sine judicio*. quid ergo, An dissensio de calculo judicio non dirimitur? Quid omni die fit crebrius? Imo vix ullæ sunt lites intricatiores, quam ubi de calculo, de acceptis & expensis ambigitur & disceptatur. Probat ille suam interpretationem ex *l.* 29. *&* 30. *d. dol. malo. Sabinus putat, calculi ratione potius, quam maleficii, heredem conveniri: denique famosum non fieri: ideoque in perpetuum teneri oportere. Neque causæ cognitio in heredis persona erit necessaria.* Sed quod ibi causæ cognitio negatur esse necessaria in herede, pertinet *ad dolum*, qui cum nullo modo in heredem cadat, hujus respectu nihil opus est causæ cognitione. De calculi discrepantia id nullo modo prædicatur; qua nihil, inquam, magis requirit cognitionem: siquidem non de simplici additione, vel subtractione, sed de confectione summarum disceptari solet in Judicio. Maneat igitur Lectio Florentina, tali sensu: Quæstiones calculi non infamant, quia non veniunt ex dolo præcedente, sed è tricis mutuarum præstationum, quæ non tam odio sui damnantur à judice, quam ratione *dirimuntur*, fere, inquit; Aliquando enim sunt inextricabiles; Qualis prope fuit lis, quam ego primam in Judicio Patriæ summo retuli, de calculo præstationum veteris communionis, quæ sub plurium manibus Relatorum hæserat, & cum mihi causarum adhuc vacuo oblata ægreque mea relatione dirempta fuisset; Pars utraque victrix & victa me xenio-

xeniolis honoravit, quod tricas calculi ab ipsis sine dolo ex variis præstationum articulis nexas judicio diremissem. Talibus infamia merito applicari non potest.

Paulus Lib. v. ad Edict.

Uxores viri lugere non compelluntur. l. 9. d. His qui not. infam.

Atqui Nuptiæ sunt conjunctio maris & feminæ, consortium omnis vitæ, Divini & humani juris communicatio *l. 1. d. Rit. Nupt.* Ergo cum per matrimonium fiat una veluti persona ex duabus, & una caro, non minus uxores à maritis lugeri convenit, quam maritos ab uxoribus. Et id sane convenit Christianæ pietati eoque jure utimur, ait Antonius Faber *ad h. l.* Defensio Juris Romani, ex sententiâ Fabri nulla est quam hæc; *quod à Virilis animi dignitate, & à constantia ac fortitudine, quæ viros decet, alienum videatur, ut lugeant.* Verum enim verò non magis feliciter defendit jus Romanum Faber, quam illud oppugnat. Non ea fuit Romani Juris ratio, quod maritos luctu aliquo memoriam conjugum persequendo dehonestari crederent, verum quod turbamentum sanguinis, ut est in *l. 11. §. 1.* hoc est, *σύγχυσις τῆς γονῆς, confusio seminis* & incertitudo partus in viris non haberet locum; nec etiam reverentia, quo respectu parentes & cognati lugentur *l. 23. h. t.* Hanc proprie maritus uxori, ut inferiori non debet. Ac ideo uxores suas lugere, non compelluntur. Nec aliter hodiernis moribus obtinet. Etsi honestatis causa temporis alicujus moderati abstinentia illis commendatur, ut Stat. Frif. *l. 1. Tit. 1. art. 3.* Male igitur Faber hic Juris Romani & hodierni discrepantiam observat.

Ulpianus Lib. VIII. ad Edict.

Et si talis sit maritus, quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari. Prætor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur: qui solet elugeri propter turbationem sanguinis.

1. Pomponius eam, quæ intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare: quod verum puto.

2. Non solent autem lugeri, ut Neratius ait, hostes, vel perduellionis damnati: nec suspendiosi: nec qui manus sibi intulerunt non tædio vitæ, sed mala conscientia. Si quis ergo, post hujusmodi exitum mariti, nuptum se collocaverit: infamia notabitur. L. 11. §. 1. 2. & 3. d. His qui not. infam.

1. Integrum locum posuimus, etsi ultima tantum Censuræ Fabrianæ exposita sint, ut hanc melius occuparemus. Quam inepta sit hæc, inquit, illatio; *Si quis ergo post hujusmodi exitum mariti nuptum se collocavit, infamia notatur*; nulli non primo intuitu constat, *cum potius sit ratio dubitandi quam decidendi.* Quid enim hoc; Non solent lugeri, Ergo mulier intra annum nubens infamiâ nota-

notabitur, Primo, nemo dixit *si quis* nuptum se collocavit; si *qua* scribendum erat, & *tamen* pro *ergo*. Est igitur hæc adjectio imperiti interpretis plane inepta, & ab juris ratione aliena, ut *Faber*. Quod cur dicendum sit, Tametsi pro *quis* legatur *qua* non apparet: si non sufficit, quod verbum *si quis* tam masculos quam feminas complectitur, *l. 1. d. V. S.* idque tantum habet locum, ubi simul uterque sexus intelligitur, non ubi solus femineus; fiat, *qua* pro *quis*. Etsi *tamen* etiam pro *ergo* legendum fuerit, nondum quod superest eliminandum foret. Sed τὸ *Ergo* referri debet ad *Princ.* loci hic positi. *Etsi talis sit maritus, quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari &c. Si quis ergo post hujusmodi exitum mariti nuptum se collocaverit, infamia notatur.* Intermedia verba §. 2. & prima §. 3. exegesin parentheticam primæ positionis continent. Ita nihil est, quod Ulpiano sit indecorum.

Ulpianus Lib. VI. ad Edict.

Pœna gravior ultra Legem imposita existimationem conservat, ut & constitutum est & responsum: Ut puta, si eum qui parte bonorum mulctari debuit, Præses relegaverit, dicendum, duriori sententiâ cum eo transactum de existimatione ejus, idcircoque non esse infamem. l. 13. §. 8. d. His qui infam. not.

1. Sententia hujus loci est, eum qui duriore pœnâ non pecuniariâ, ut in sequentibus explicatur, judicis imprudentiâ, vel nimia severitate condemnatus est, eum hoc capere solatii; quod ex quo crimine fuisset infamis, ei nunc infamia remittatur. Quam manifestæ æquitatis & humanitatis sententiam, quod hodie pragmatici, ut inanem subtilitatem rejiciunt, quamobrem ita faciendum putent, non satis intelligo. Duas pro se & Mornacio rationes adfert Groenewegius. I. *Cum pœnæ apud nos fere sint arbitrariæ, duriori sententiâ cum reo, de ejus existimatione transactum dici nequit.* Atqui hoc nihilo secus se habet Jure Civili, ut idem hic Ulpianus docet, *Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem: Ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat. l. 13. d. Pœn.* Minime est infinita judici potestas sæviendi pœnis in reos; Et quanquam in dubio res judicata pro veritate habetur, nihil vetat tamen adversus immodicum judicis rigorem petere emendationem superioris aut Principis. II. Groenewegius; *Cum hodiè non tam ex crimine, quam ex genere pœnæ infamia irrogetur, consequens est, ut sententiæ severitas & pœna aucta infamiam quoque augeat.* Negatur antecedens, ut mox intelligemus. Et converto argumentum; Quia pœnæ genus non irrogat infamiam, sequitur, ejus nimiam duritiem reis potius Levamini famæ esse debere. Prima igitur ratio Legis Romanæ satis adseritur, & cum à Pragmaticis istis in contrarium, nihil quam rationes allegentur inanes, nihil est causæ, quamobrem hæc æquitas & humanitas hodieque locum invenire non debeat.

Marcel-

Marcellus Lib. 11. Publicorum.

Ictus fustium infamiam non importat, sed causa propter quam id pati meruit, si ea fuit, quæ infamiam damnato irrogat. In cæteris quoque generibus pœnarum eadem forma statuta est. l. 22. d. His qui infam. not.

1. Jam nigrum theta præfixit huic loco laudatus Groenewegius, ut suprà intelleximus, non æquè Mornacius, tam nihilo deterior practicus quam multo melior theoreticus; qui rationibus & exemplis hanc legem, quâ nihil humanius, adfirmat. Potest enim fieri, ut Civitate factionibus scissâ pro seditiosis, qui verè jus publicum tuentur, habeantur & per tyrannidem boni cives infamibus suppliciis adficiantur. Potest confessor Religionis & veræ pietatis cædi virgis, inuri stigmatis, relegari ad remos, ad furcam damnari; quos, si pœna sola infamet, etiam alibi gentium pro infamibus haberi oporteret; quod nec ratio, nec sanior opinio populorum probat, ut nec pœnâ sed causâ martyrem fieri dixit Augustinus. Consentientes pro se laudat Groenewegius Busium nostratem, *ad b. l.* male; Carpzovium *part.* 3. *Crim. Qu.* 135. *n.* 49. etiam male. Dicit enim fustibus & virgis cæsos, stigmatisque inustos & similibus adfectos suppliciis, plerumque pro famosis haberi, quod verum est; si de causâ vel iniquitate sententiæ non palam constet, quia res judicata pro veritate habetur *l.* 25. *d. Stat. hom.* Sic etiam fere accipiendum, quod Macer in *l.* 12. *d. Pœnis* scribit, *quod ad statum damnatorum pertinet*, nihil interesse, judicium publicum fuerit, nec ne; *Nam sola sententia, non genus criminis spectatur*, ait. Scilicet, quale genus criminis sit, publicum, an privatum, ordinarium an extraordinarium, nihil refert, quia status reorum à sententiâ, quam supponit esse bonam & justam & crimini convenientem Macer; adeoque à merito non à genere delicti pendet reorum status, ut Jurisconsultus instituit. Est ita locupletior expositio hujus L. quam Faber existimat, qui rationem & usum *b. l.* petit ex *l.* 13. §. 8. *b. t.* quam modo habuimus. Et secundum expositionem nostram nihil opus est, ultima verba *b. l.* cum Fabro adscribere Triboniano, quasi ultra pœnam fustigationis hæc regula non adsurgeret. Tametsi ad Eunomiam, si maximè Triboniani hæc adjectio esset, ea res non spectaret, si modo res bene se habeat; quod ut demonstravimus, ad alias omnino pœnas hanc regulam utiliter referri: Nolim etiam proprio capite vindicare finem *l.* 21. *b. t.* quam Faber æque Triboniani esse contendit, quia scriptum est, *cum oportet*, pro, *oporteat*. O Crisis inconsulta, quæ undique refellitur! *Cum* pro *quia* dicit Faber, subjunctivum non indicativum postulat in regimine. Piget anticipare, quod scribendum, & scriptum est à nobis ad *l.* 7. §. 1. *d. Hered. Petit.* Est etiam ibi, *sententia babita* quod Paulus non dixisset, ait censor, odiosus in cancellis loquendi figendis quos veteres ejus maxime seculi toties excedunt. Si lata sententia, sit usitatius, in *habita* nihil est incommodi.

Ulpia-

Ulpianus Lib. VIII. ad Edict.

Parentes & liberi utriusque sexus, nec non & cæteri agnati, vel cognati, secundum pietatis rationem & animi sui patientiam, prout quisque voluerit, lugendi sunt. Qui autem eos non eluxit, non notatur infamiâ. l. 23. d. His qui infam. not.

1. Falsitatis arguitur hoc testimonium, quod Tribonianus *finxerit arbitratu suo*, ut censet Wissemb. noster *in emblem. b.* auctorem laudans Cujacium, qui in *lib.* XXI. *Observat. c.* 12. id ipsum à Triboniano scribit esse designatum, *secuto*, inquit, *rationem animi sui, vel morem sui temporis. Nec enim de lugendis parentibus aut liberis, aut cognatis Ulpianus aliud quam Paulus scripserat, qui lib. 1. sent. tit. ult. de sepulchris & lugendis* ita scriptum reliquerit; *Parentes & filii majores sex annis, anno lugeri possunt, minores mense, maritus decem mensibus & cognati proximioris gradus octo; qui contra fecerit, infamium numero habetur* Credo D. Wissembachium quæsivisse hunc locum in Paulo, nec invenire potuisse. Nam etsi Cujacius librum & titulum capitis in Pauli sententiis demonstraverit, ille tamen verbis utens Cujacii, simpliciter ita scripsisse *Paulum in sententiis* adfirmat. Puto illi evenisse quod mihi; Titulum istum *de sepulchris & lugendis*, qui est in *lib. 1. c. ult. Sententiar.* pervolventi hæc aut similia verba non occurrerunt, sicut ibi non extant. Nec alibi *sententiarum* quæsita, ut videtur, invenire potuit Wissembachius, nec ego adhuc quidem in ipsâ Editione Cujaciana Quod visum fuit Præceptori meo, ut tamen ita Paulum scripsisse narraret, id mihi per censores meos non licet, quanquam non est quod negem Cujacium habuisse librum, in quo ita scriptum fuerit. Sed antequam ipsum locum in sede sua viderimus, huic Censuræ vix erit ut satisfacere possimus.

2. Interim quur mihi probabile non videatur, hunc locum à Triboniano esse corruptum vel refictum, breviter exponam. Triboniano in emblema is suis plerumque licet objicere illud ancillæ evangelicæ, ἡ λαλιά σου δῆλόν σε ποιεῖ. *Sermo tuus te prodit*; Quia non potest stribiliginem suam thracicam terso veterum latinorum stylo ita miscere, quin evidentius aquâ dulci & salsâ in confluentibus, differant. In his verbis suprà scriptis nihil ab Ulpiani ore, nihil à veteri more dissonum offendat Censorem. Atqui ut eadem cum Paulo apud Cujacium, quod illi volunt, dixerit, tota oratio mutanda fuerit & mutata fuisset à Triboniano. Placet etiam, quod hic textus servat discrimen vetus juridicum lugendi & elugendi. Elugendi voce de viduabus utitur Prætor in *l. 1. h. t.* quoniam illis complere tempus necesse fuit. Parentes aliique cognati lugentur quidem, sed non elugentur, id est, tempus certum implere non coguntur, ut docet Rævardus 1. *var. ult.* ubi accurate de tempore luctus è Veteribus, & satis indicat, sibi locum illum Pauli Cujacianum, etsi laudet titulum ejusdem Pauli *de sepulchris & lugendis*, fuisse incognitum. Atqui secundum istum Cujacii potius quam Pauli, quomodo adhuc est, locum, Parentes & liberi septennes non tantum lugendi, sed etiam elugendi sunt annum integrum; Mariti, quorum gratiâ necessitas luctus, ne liberorum status turbaretur, introductus est, decem menses duntaxat. Hæc res omnino suspe-

ctum

ctum mihi locum τὸ ἄγνωστον illum incognitum facit. Cæterum, Quod decem mensium luctus & annuus luctus in matronis viduabus promiscuè sumuntur, inde factum est, quod annus Romanus primo fuit decem mensium, ut Rævardus in *loco citato* probat ac aliunde satis constat. Id in his perpetuo obtinuit usque ad Theodosium, qui duos menses reliquos maritis elugendis adjecit, in *l. 2. C. de Secund. Nupt.* Nam quod Wissembachius ad *h. l.* observat, *decem menses usque ad cladem Cannensem fuisse observatos*, post quam inductum esse, ne amplius xxx. diebus maritus lugeretur, est error opinionis è lapsu memoriæ. Nam illa Constitutio dierum xxx. post cladem Cannensem fuit temporaria, ne matronæ quæ fere omnes erant in luctu, à festo Cereris celebrando averterentur, ut Rævardus *d. loco* è verbis Festi, Valerii Maximi & Livii probat. Quis credat, liberis septennibus lugendis spatium longius esse præscriptum, quam maritis, quorum respectu solummodo necessitas Civilis urgebat? At liberi per integrum annum lugendi & elugendi fuerint sub pœnâ infamiæ, duobus post luctum viduarum mensibus? Non est credibile; Longe probabilius, quod hic textus, ut suprà scriptus est, continet, parentes & liberos cæterosque agnatos & cognatos esse lugendos sane; non tamen esse elugendos, per certa temporum spatia, sub infamiæ pœnâ. Teneamus hoc, censeo, donec ipse Pauli locus in propriâ sede monstretur & examinetur.

Iustinianus Augustus.

Eas vero exceptiones, quæ olim Procuratoribus, propter infamiam vel dantis, vel ipsius Procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus, ne dum de his altercetur, ipsius negotii disceptatio protelctur. §. ult. I. de Except.

1. Sequitur Titulus, de Procuratoribus, quo pertinet hic locus. Ex quo colligendum videtur & à plerisque colligitur, infames posse dari Procuratores; utique datos non repelli; sicut olim horum argumento verborum repulsi vel prohibiti fuisse videntur. Sane de Cognitoribus ita proditum est à Paulo I. *Sent.* 2. & Quintil. *l.* 3. *c.* 8. Cognitor autem à Procuratore differebat, quod ille à præsente litigatore dabatur, hic pro absente fungebatur, ut Asconius auctor est in III. *Verr.* Inde productum hoc fuit ad Procuratores, quod & in Jus Canonicum translatum est *c. infamis* 3. *qu.* 7. ubi; *Infamis persona nec procurator esse potest nec cognitor.* Sed dein hoc abiit in desuetudinem, quam Justinianus hoc loco stabilivit in jus contrarium, ut ne prorsus exceptionem de infamiâ Procuratoris aut Domini Procuratorem dantis opponere liceret. Ex quo nihil aliud sequi potuit, quàm quod jam infamibus liceat esse Procuratoribus: quod ut indignum majestate judiciorum & Censoriâ notâ dignum à multis opponitur.

2. Jacobus Mæstertius in *lib. 1. de Justit. Leg. Rom. c.* 55. respondet, heic nullo modo infames admitti ad Procurationis officium, sed *innui* contrarium; *alioqui non rectè exceptio de infamiâ Procuratoris objiceretur*, inquit. Nescio, unde colligat, exceptionem de infamiâ Procuratoris objici recte, quam Justinianus

conquiescere jubet, hoc est, quod alibi dicit *ἀργεῖν, otiari, τῶν νόμων ἀργούντων; Legibus* conquiescentibus, id est, *usum nullum habentibus*, in *pr.* Nov. cxviii. Vult exceptionem duntaxat excludi Mæstertius, *si omnino dubium sit, num Procurator infamis, an vero integræ existimationis sit. Si vero de Procuratoris infamia clarè ac liquido constet, ita ut de eo disceptari non possit*, eum nullo modo esse admittendum. Quomodo autem persuadebit Mæstertius, exceptiones non dari è causis indubitatis? sive, quando Lex aliquam exceptionem cessare jubet, hoc tantum esse intelligendum, de causis excipiendi dubiis: contrarium usus & veritatis evidentis habetur.

3. Mihi simpliciter ita dicendum videtur: Cum infames in propriis causis & pro conjunctis personis nunquam in Jure stare atque postulare prohibiti fuerint *l.* 1. §. 7. *& seq. de Postul.* nihil visum fuisse causæ Justiniano, quur iidem, Procuratores dare vel esse prohiberentur, cum hoc longe sit minus quam postulare pro aliis, quod est Advocatorum, non Procuratorum: Utique talium, quos novit Jus Romanum, qui res aut lites alienas mandato cujusque domini privatim administrant: Quid obstat huic magis infamia, quam ipsi domino, quem non impediri hac causa liti judicioque præesse olim constitit hodieque certum est? Planè publicos Procuratores, quales hodiè in omnibus Europæ foris habentur, qui nonnisi publice ad causas aliorum agendas admissi operam præstant; de cujus usu differentiæ notabili in *Prælect. ad h. tit.* egimus; tales non posse dari infames indubitatum est.

Ulpianus Lib. viii. ad Edict.

Si defunctus sit dominus ante litem contestatam, judicatum solvi stipulatione prò suo procuratore data, procurator compellendus est ad judicium accipiendum: ita tamen, si hoc dominus sciente procuratore, & non contradicente fecit. Quod si aliter actum est, inscium quidem procuratorem teneri satis incivile est; committitur autem ob rem non defensam stipulationis clausula. l. 15. *d. Procurat.*

1 Est hujus sententia Legis aliena prorsus à ratione juris, & magis conveniens ei juri quod hodie obtinere refert Justinianus in *tit. I. de Satisdat.* Ideoque totam *h. l.* Triboniani non Ulpiani esse pronuntiat audacter Antonius Faber in *Rational.* hic, & latius in *lib.* 12. *Conject. c.* 16. Præjudicium adversus hoc censuræ genus enorme collocavimus ad *l.* 68. *d. Rei Vind.* & alibi: Nec in animum inducere possumus, ut tantam in Triboniano fuisse putemus vecordiam, qui novas suo arbitratu leges condere & in Codicem referre poterat, ut sub nomine veterum JurisConsultorum, Justinianæas leges infarcire voluerit Pandectis. Flexerit aliquando pauculis vocibus dicta Juris auctorum ad sui temporis rationem. Id erat Mandato Justiniani conveniens; Sed integris legibus à se confictis aliena præfigere nomina, tam alienum erat à præcepto Cæsaris, quam putidum & infame apud alios, qui cum haberent adhuc Ulpiani libros ad Edictum, imposturam & mendacii impudentiam omnibus inridendam & abominandam exhibere poterant. Quis ab hominibus tanto negotio, totius etiam orbis Imperio præpositis

fitis infamiam imaginari possit? Sed videamus rationes. De stylo quod arguit Faber, exile & quæsitum; Etsi nos singula verba nihil opus est vindicare, nec si descriptores aliquando suas phrases intulerint, ideo leges totas subornasse videri possunt, *Stipulatione pro suo procuratore data*, id est, promissione facta. Stipulationem in concreto etiam de promissione sumi, iam est usitatum, ut id quidem probari supervacuum sit, incipe à *l. 1. & perge toto tit. d. V. O.* Quid est insolens in *dare*, pro præstare ubique obvium? Denique *satis incivile est*, hæccene locutio defendenda erit, quam nemo præter Fabrum, Latine gnarus arguerei? Plus vigoris est in realibus. Defuncto domino ante litem contestatam Procuratorem non esse cogendum, probat his rationibus. I. Procurator lite contestata demum fit dominus litis *l. 23. C. de Procur.* Ergo tum demum cogi potest ad litem suam factam. Atqui hæc res non pendet à dominio litis, pendet ab eo, quod Prætor edicit in *l. 8. §. ult. h. t. Procuratorem ad litem suscipiendam datum, pro quo, consentiente Domino, Judicatum solvi exposuit.* Prætor ait, *judicium accipere cogam.* Non distinguit ante, an post litem contestatam; Rem suspendit à cautione judicatum solvi, quemadmodum in *hoc textu.* II. ratio Fabri. Mandatum morte mandantis, Procuratore necdum domino litis facto finitur *l. 18. in pr. Mandati.* Ergo nulla cogendi facultas. Resp. cautio judicatum solvi, consensu Procuratoris à domino facta, facit, ut non tam res à natura mandati quam Stipulationis æstimetur, idque non ex hac L. sed ex Edicto Prætoris commemorato. Cui subjiciuntur casus, quibus coactio cessat, quos inter non est mors domini, contra quam juris positivi auctoritatem, ineptæ Philosophiæ est disputare: Quemadmodum & Procurator si ipsi judicatum solvi satisdederit, hauddubie cogitur *l. 43. §. ult. l. 76. h. t.* Inde jam ultro labitur III. Fabri argumentum, à ridiculo & iniquo desumptum, quod ob rem non defensam stipulatio committatur: Nam si cogatur Procurator defendere, quod non Tribonianus aut Ulpianus, sed Prætor constituit, quid ni re non defensa teneatur? Quod autem Faber hunc locum Juri novo, quod fit in *Institutionibus*, adtemperatum scribit, non probat; nec adeo quicquam hac parte mutatum esse liquet.

Ulpianus Lib. IX. ad Edict.

Sed si adversarius vel ipse Procurator dicat, dominum mentiri, apud Prætorem hæc finiri oportet: nec ferendus est Procurator, qui sibi adserit procurationem; nam hoc ipso suspectus est, qui operam suam ingerit invito: Nisi forte purgari magis convitium, quam Procurationem exsequi maluit; & hactenus quidem erit audiendus, si dicat, se procuratione quidem carere velle, sed si id inlæsa existimatione suâ fiat: cæterum, ferendus erit pudorem suum purgans. l 25. d. Procurat.

1. D Anton. Matthæus in *Disp. fundam. 7. Cujus hæc inscriptio est; Jus Civile in paucis quibusdam capitibus à Lege Dei, ab honestate & à ratione deflectit*, hunc textum adducit n 24. *Secundum quem, Retorquere injuriam verbis illatam & conviciantí conviciari liceat. Ego contra*, inquit, *Non reddetis malum pro malo, aut convicium pro convicio. 1 Petr. 3. v. 9.* Non oportet hujus Evangelici præcepti

 minue-

minuere valorem; etsi unum ex iis sit, quæ difficillime præstantur, & cujus pervicacia ultimo loco cernitur & exspirat in iis, qui mortem Spiritualem vitâ pari commutant. Et sanè plus hac parte difficultatis esse in animo cujusque ad istius præcepti religionem subigendo, quam in Jurisprudentia ab hoc crimine liberanda, facile probabo. Dominus Procuratorem suum post litem contestatam removere volebat à lite sua curanda, quod nisi ex causa a judice probata non licet *l.* 17. *&* *seq. h. t.* ubi causæ variæ recensentur. Prætulit unam dominus indecoram, veluti, quod causam proderet adversario; Procurator respondit domino commotior; *Tu mentiris.* Hoc si purgandi sui causâ dixerit, ferendum ait JurisConsultus & audiendum esse contra dominum: quod nescio, An quisquam judex Christianus aliter acciperet. Non laudatur ejus iracundia; non dicitur, eum explesse patientiæ Legem; Non ait hic Ulpianus, quod Vespasianus apud Suetonium, ut non sit maledicendum Senatori, ita *remaledicere jus fasque esse?* Procurator pudorem suum purgat; ferendus dicitur, non puniendus, neque statim auditorio excludendus. Judex apud se rem finire debet; Audire Dominum, Procuratorem, decidere an hic officio cedere debeat: hoc definito, si alteruter injuriam sibi factam putet, habent suos judices: hæc audientia ad illam cognitionem non pertinet. Ego nihil hac in re, bonâ fide, video, quid ipsi obstet Evangelicæ disciplinæ, in Ulpiani, inquam, sententia & consilio, non in facto vel dicto Procuratoris. Etsi, an convitium sit, maledicenti & nomen suum honoremque laceranti, dicere, *tu mentiris*, ambigi forsitan posse videatur. Sane retorsionem esse licitam, duntaxat impunitam tenent unanimiter Juriscti, Gail. 2. *obs.* 100.

Ulpianus Lib. IX. ad Edictum.

Si ex parte actoris, litis translatio fiat: dicimus committi judicatum solui stipulationem à reo factam. Idque & Neratius probat, & Julianus. & hoc jure utimur: scilicet si dominus satis accepit. Sed & si procurator satis accepit, & transferatur judicium in dominum: verius est, committi, & ex stipulatu actionem à procuratore in dominum transferri; sed & si à domino, vel à procuratore in procuratorem judicium transferatur: non dubitat Marcellus, quin committatur stipulatio: & hæc vera sunt. Et licet procuratori commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda. l. 27. §. 1. *d. Procurat.*

1. Anton. Faber in *l.* 12. *Conject. c.* 4. ultima verba hujus §. *directa penitus tollenda*, censet esse Triboniani & à ratione juris aliena; Sed in *Ration. ad h. l.* totum §. inducit, ut suppositionis & inscitiæ foetum Tribonianeæ. Exponamus sententiam loci; tum melius censuræ meritum patebit. Actor qui dedit Procuratorem, ab hoc judicium in se recepit, quod ut fiat, superioribus traditur *Ll.* Reus antea domino satisdedera judicatum solvi; ex qua, non obstante remotione Procuratoris, tenetur, ipsi nempe domino qui stipulatus erat. Sed pone; satisdationem factam esse Procuratori, an hoc remoto dominus adhuc inde potest agere? Potest. Pone rursus; Dominus satis accepit, postea dedit Procuratorem.

torem, vel Procurator primus satis accepit, dein alius Procurator in litem successit, an hi, quibus satisdatio non est præstita, inde habent actionem? Affirmatur, utilem scilicet, directa tum cessante, quoniam qui satis stipulati sunt, quibus directa competit, è judicio *sunt sublati*. Dico, in his nihil esse inexpectatum, nisi quod dominus ex stipulatione procuratoris, & hic è stipulatione domini habent actionem, quam non dari nisi ex re domini, vel præsente domino dici solet, ex *l.* 68. *h.* & *l.* 79. *d. V.* O. Scilicet, alius alii stipulari non potest *l.* 38. §. 17. *d. tit.* Sed hanc regulam tot exceptionibus esse subjectam, ut melius fuerit dicere, in universum ex bono & æquo alteri licere stipulari scribit non temere Balduinus in §. 4. *I. de Verb.* O. Inter omnes hanc esse justissimam quis negat? Reus satisdedit judicatum solvi adversario, seu domino, seu Procuratori: Quis dubitet hoc actum esse, ut satisdatio prodesset ei, cui judicatum deberetur, sive is esset idem, qui stipulatus erat, sive alius successor litis: Cui proinde actionem esse dandam res loquitur, sed utilem, ob regulam Juris prædictam: Directa non potest dari, quia submoto jam à dominio litis, eo cui directa competebat, termini habiles actionis illi dandæ deficiunt. Quod si Bachovius perpenderit, cur Fabri rationem ab his ultimis verbis probabilem, ut fatetur, judicaverit, non satis intelligo. Quid Faber ad hæc? Nil nisi, quod jam presse occupatum est. Quibus adde, quod hæc nota sit inter conventionales & Prætorias, qualis hæc Judicatum solvi, stipulationes differentia; quod ex Prætoriis domino per Procuratorem utilis actio quæritur incontinenti *l. pen. Si quis caut. in jud. l.* 14. *l.* 28. *l.* 43. §. 5. *h.* ut ipse Faber ad illos textus ignoscit, quod merito illi Bachovius, ut oscitantiæ incredibilis argumentum, censuræ dum litat, exprobrat; qui & Gotofred. ad *h. l. in f.* recte notat, quod is utiles, ex cessione moneat actiones intelligendas, quasi juxta *l.* 49. §. 1. *d. Acquir. poss.* cum cessæ revera sint directæ ex personâ cedentis. Censuræ nulla ratio supereft.

Ulpianus Lib. IX. ad Edict.

Publice utile est, absentes à quibuscunque defendi: Nam & in capitalibus judiciis defensio datur. Ubicunque itaque absens quis damnari potest, ibi quemvis verba pro eo facientem & innocentiam excusantem audiri æquum est, & ordinarium admittere, quod ex rescripto Imperatoris nostri apparet. l. 33. §. 2. *d. Procurat.*

1. Non quod hic locus notabiliter adversetur responso Papiniani in *l. pen.* §. 1. *d. Publ. Jud.* sed quod in se parum probabili ratione constet, ad hujus instituti materiam refertur. In capitalibus judiciis absentes defendi tantundem esse videtur, ac eludere rigorem publicæ disciplinæ, cum executio in damnatos fieri non possit absentes. Ideo moribus omnium gentium merito receptum est hodiernis, ne reis graviorum criminum permittatur abesse & per Procuratorem se defendere; sed è vinculis causam dicere coguntur, vel si absint, etsi defensores non desint, ut contumaces Edictis citantur, sique non sistant se, condemnantur dilatione tamen sententiæ facile impetrandâ, si quis eorum absentiam

excuset, ut spatium sistendi se, reo detur. Imo illud ipsum Papinianus in *d. l. pen.* §. 1. *d. Publ. Jud.* disertè inculcat. *Ad crimen*, inquit, *judicii Publici persequendum frustra Procurator intervenit, multoque magis ad defendendum. Sed excusationes absentium ex Senatusconsulto judicibus allegantur: & si justam rationem habeant, sententia differtur.* Quid igitur contrarium Ulpianus fidenter adeo quotidianâ Praxi receptum scribit in nostra *l.* 33. §. 2. Non potest fieri, ut duo coœtanei Jurisconsulti in re tralatitiâ tam infesti discrepent, suffragante inprimis Ulpiano Cæsaris auctoritate, qui in *l.* 3 *C. de Accusat.* ita scribit; *Reos capitalium criminum absentes, etiam per Procuratorem defendi leges publicorum Judiciorum permittunt.* Verba sunt Alexandri cujus fuit Ulpianus Adsessor, qui proinde rem ordinarii juris & usus ignorare non potuit. Dicamus igitur, Ulpianum & Alexandrum ejusdem Auditorii Rectores nihil aliud voluisse, quam absentes per illos defendi posse, quoties publicorum judiciorum leges id fieri permittunt. Permittunt autem id fieri non regulariter, sed quoties usu venit, ut absentes damnari queant *d. l.* 33. §. 2. Quod fieri potest, quando Reus è vinculis causam dicere non cogitur. Id autem remittitur, quando pœna relegatione minor est *l.* 5. *d. Pœn. junct. l.* 1. *An per alium caus. appell.* Item, quoties Proconsul, pro criminis, quod objicitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentiâ personæ, vel pro qualitate ejus qui accusatur Reum vel fidejussoribus, vel suæ promissioni committit. *l.* 1. *d. Custodreor.* Quominus enim tunc iis aliquando abesse & Procuratorem audiri fas sit, etiam ad rationes innocentiæ explicandas, ut tamen ipse Reus, si petatur, se judicio sistere cogatur, neque tota causa Procuratori absolute committenda sit, nihil obstare potest. Alii magis perplexantur. Vid. Matth. *a. lib.* 4. *Tit.* 13. *cap.* 4.

Ulpianus Lib. IX. ad Edict.

Item ait, si suspectus tutor postuletur, defensorem ejus oportere etiam de rato cavere: ne reversus ille velit retractare, quod actum est. Sed non facilè per procuratorem quis suspectus accusabitur: quoniam famæ causa est: nisi constet ei à tutore mandatum nominatim: aut si, etiam absente tutore, quasi non defenderetur, prætor erat cogniturus. l. 39. §. 7. *d Procur.*

1. Singularis hic casus est, quo defensor, à quo exigitur Satisdatio judicatum solvi §. 5. *I. de Satisdat.* etiam de rato cavere cogitur nisi Tutor qui nihil mandavit, nihil cavit, detrectet judicatum, pupilli causa pleno effectu destituetur, cum defensor utique infamis fieri non possit, quam esse pœnam Accusationis suspecti notum est. Sed qui accusatus per Procuratorem vel defensorem causam egit, non fit infamis *l.* 6. § 2. *d. His qui not. inf.* Ideo non facile permittitur alii ad quem res non pertinet accusatum Tutorem defendere, ne pœna infamiæ eludatur. Ut tamen à jure tralatitio, quod in talibus causis Procuratorem dare permittit, *d. l.* 6. §. 2. non omnino excludatur si mandato speciali procuratorem constituerit Tutor accusatus; vel si Prætor etiam absente Tutore causæ cogni-

cognitionem ex officio ſuſcepturus ſit. Tunc enim quominus cognitio quæ ſine ullo reo procederet, defenſorem admittat, nihil obſtare videtur.

2. Hæc eſt ſententia hujus §. Quem eſſe tam à ratione Juris alienum, ut totus inſcitiæ Triboniani imputandus & exponendus ſit, præter Ant. Fabrum nemini in mentem venit. Præcipua ejus ratio eſt in his verbis; *Sed non facile per Procuratorem quis ſuſpectus accuſabitur.* Quæ verba naturaliter ſignificent, Accuſatorem non poſſe dare Procuratorem, cum tamen agatur de reo, an is per alium ſe defendere poſſit: *Inepta igitur eſt hæc adnotatio*, inquit, *ac plane Triboniano digna*; ſed mininme digna gravi Interprete res, adeo levi cauſa lacerare membra Corporis Juris. Verba *ſuſpectus accuſabitur* utique etiam reo conveniunt, etſi cum Haloandro non legamus, *excuſabitur*. Ergo additur, Per *Procuratorem*, quid vetat æque de reo accipere; non facile admittendum eſſe eum, qui rei cauſam agere velit? ut reſpectu Rei, id eſſe collocatum indicant ſequentia, *quoniam famæ cauſa eſt*. Aliud argumentum è verbis; *niſi conſtet ei à tutore mandatum nominatim*. Agitur in *hoc* §. de caſu, quo de rato cautio ſit neceſſaria, At hæc nunquam habet locum in caſu mandati ſpecialis. Reſponde, primam quæſtionem in *hoc* §. eſſe de rati cautione; ſecunda eſt, an qui ſuſpectus accuſatur tutor, alium qui cauſam agat, dare poſſit; Ad hanc pertinet limitatio, *niſi conſtet ei à tutore mandatum nominatim*, non ad priorem de Rato. Miretur aliquis, Fabrum non arguere, quod defenſor & Procurator hic promiſcuè ſumuntur, qui neſciat id eſſe frequens uſu Juris. Denique, ſi cum prætor abſente Tutore cauſam fuit cogniturus, defenſor admittitur, hunc de rato cavere debere, quemadmodum *à princ.* dictum eſt, exiſtimo, quo ſuppoſito cadit ultimum Fabri argumentum quod nulla ſit ratio, cur tunc à cautione de Rato defenſor liberetur: Nec enim id in *hoc* §. expreſſe vel tacite remitti animadverto.

Paulus Lib. 1. Manual.

Per procuratorem non ſemper adquirimus actiones, ſed retinemus: veluti ſi reum conveniat intra legitimum tempus: vel ſi prohibeat opus novum fieri, ut interdictum nobis utile ſit quod vi aut clam; *nam & hic priſtinum jus nobis conſervet. l. 72. d. Procurat.*

1. Quid hoc, *non ſemper?* An ergo regulariter acquiritur actio per Procuratorem? Ita videtur ex verbis *non ſemper*. At verum eſt regulam eſſe contrariam *l. 38. §. 17. l. 126. §. 2. d. V. O. l. 1. C. per quas perſon. l. 1. C. Si cert. pet.* Antonius Faber hæc verba *non ſemper* à Triboniano cenſet eſſe adjecta, quod Bachovius *ad h. t. in protis* approbat, etiam Wiſſembachius *Emblem. ad h. l. & l. 11. §. 6. d. Pign. act.* ubi & Cujacius, Balduinus, Giphanius ἰσόψηφοι citantur; ambo Fabri cenſores non minus acres, quam Faber eſt Triboniani. Ergo fateamur, quod res eſt, nec id Eunomiam onerat, duas voces è Juris Conditore, temperamenti & novi juris cauſa quod Imperator juſſerat, fuiſſe adſperſas. Sic enim volunt reſpexiſſe Tribonianum in hoc emblemate ad *l. 2. C. Per quas perſon. nob. acquir.* quæ primum ſtatuit, ut ex pacto & ſtipulatione Procuratoris hypotheca domino

domino acquiri possit, saltem eo casu, quo ex ejusdem contractu certi condictio ex Mutuo, quæ jam olim hoc jus habuit, nascitur *l. 9. §. 8. d. Reb. Cred.* Ego tamen rogo lectorem ut consideret hanc meam rationem in diversum, jam antiquo jure, tot exceptiones hujus regulæ, *per alium actionem non acquiri* fuisse proditas, ut quidam scripserint, referente Wissembachio *disp. ad Inst.* 33. *n.* 54. satius fuisse, regulam ita concipi, *licere in universum ex bono & æquo, alteri per alterum acquiri obligationem*, monuimus supra ad *l.* 27. §. 1. *h. t.* ubi & de procuratore plures habuimus exceptiones inprimis, quod stipulationes necessariæ & prætoriæ acquirantur per Procuratorem, de quo genere specialiter in *h. l.* 72. agitur. Nihil justius ipso jure veteri fuit, quam isti hoc addere temperamentum, *non semper*. Aut si hoc tot exceptiones ipsumque genus illud stipulationum, de quo agitur in hac ipsa L. τὸ *non semper* ferre nequeant, an hoc unica illa exceptio nova, quæ est in *d. l.* 2. *Per quas person.* efficere potuit? Præsertim cum illa non sit exceptio plane nova, sed additamentum veteris. Nam ut intelleximus, olim condictio certi ex mutuo per Procuratorem, sine cessione quæsita fuit *d. l.* 9. §. 8. Accessit tantum hypotheca in *l.* 2. Nulla ratio fert, ut hoc unicum vetusti juris additamentum, causam emblemati dederit, cui tot alia antiqua non suffecerint. Ego ita existimo; Illud, *non semper* esse tam naturale γνήσιον huic Textui quam aliud quicquam, pace maximorum Nominum.

Ulpianus Lib. VIII. ad Edict.

Illud notandum Pomponius ait, quod & Patris suffragium filio proderit, & filii Patri. l. 5. Quod cujusque univers.

Paulus Lib. IX. ad Edict.

Item eorum, qui in ejusdem potestate sunt; Quasi decurio enim hoc dedit, non quasi domestica persona; Quod & in bonorum petitione erit servandum, nisi Lex municipii vel perpetua consuetudo prohibeat. l. 6. eod. tit.

1. Perversa videtur hæc subtilitas, Pater decurio dedit filio suffragium, non ut domestica persona, sed ut decurio. Abstractiones ejusmodi philosophis quam JurisConsultis digniores videntur; vel si utendum subtilitate, cur non ita potius ineunt? Nemo se ipsum eligere potest *l. 4. d. Tutor. dat.* Pater autem & filius sunt una persona *l. ult. C. de Impub. & al. subst.* Et vox tua tanquam filii vox est, simul & filii vox tanquam tua intelligitur. §. 4. *Inst. de Inutil. stipulat.* Ergo Pater filium eligere non potest.

2. Non est magna difficultas. Unitas Patris & filii venit inde, quod filius olim nihil proprium, ac ita jus personæ in acquirendo non habebat, quemadmodum nec servus. Unde quicquid acquirebat, id Patri suo acquirebat. Hoc cum esset patrimoniale, consequens fuit, ut hactenus unitas illa duntaxat obtineret, inter omnes eidem potestati subjectos; in publicis vero causis eadem ratio cessaret. *l. 9. d.*

Hir

Hic qui sui vel al. jur. Non est igitur abstracta subtilitas, quod Pater suffragium in syndicatu dans filio, id agere dicitur, non ut Pater sed ut decurio; est civilis & realis diversitas. Spectat enim hæc res, ad publicam non ad domesticam rem. Decurionis est qualitas publica, patris vero domestica. Denique, naturalis inter Patrem & filium necessitudo, quæ tam publico, quam domestico respectu valet, in rebus sæpè judicandis, ubi alteri parti injuria potest fieri, obstat; in conferendis honoribus non attenditur; quia Pater meliori jure filio quam extraneo favet & benignè facit, sine alterius injuriâ: Nec enim cui honos, ut bene merenti negatur, lædi se meritò putet.

Ulpianus Lib. x. ad Edict.

Sicut municipum nomine actionem Prætor dedit, ita & adversus eos justissime edicendum putavit. Sed & legato, qui in negotium publicum sumptum fecit, puto dandam actionem in municipes l. 7. in pr. Quod cujusque univers. nom.

1. Censura Groenewegii *ad h. l.* Quod *universitati debetur*, ait, *singulis non debetur; nec quod debet universitas, singuli debent h. l. §. 1. Male igitur Legato, qui in negotium publicum sumptum fecit, in singulos municipes actionem dandam putat Ulpianus hic.* Responsio simplex & recta, ni fallor, hæc est; Unde habet hic Censor, quod Ulpianus Legato ob sumptus publicos actionem dat in singulos municipes? Per municipes enim simpliciter dictos, ut heic habetur, Universitas municipum intelligitur, non singuli municipes *l. 15. §. 1. Quod met. c. l. 2. h. & passim.* Ergo cum umbrâ sua luctatur in re minime obscurâ vel umbrosâ.

Ulpianus Lib. x. ad Edictum.

Hoc Edictum necessarium est: quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pœnæ committendæ actionem, vel injuria rem suam amittant l. 1. d. Negot. gest.

1. Sparsæ sunt per omnem hunc titulum rationes, quibus Æquitas hujus Edicti & actionis inde oriundæ exponitur. Quo magis mirandum, quod Grotius scribit in *lib. 2. de jur. B. & P. c. x. n. 9. Actionem Negotiorum gestorum habere, ex quibus natura obligationem inducit*, ideoque *mere utilem esse obligationem & actionem.* Quid enim validius ex æquitate naturali proferri potest, quam quod hic ab Ulpiano & in *l. sequ.* à Gajo disseritur. *Et sanè*, ait hic, *sicut æquum est, ipsum*, qui alterius negotia gessit, *actus sui rationem reddere, & eo nomine condemnari, quicquid vel non, ut oportuit, gessit vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso justum est, si utiliter gessit, præstari ei, quicquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est l. 2. h.* Ecquod certius obligationis fundamentum est, quam Factum in alterius præjudicium aut utilitatem? Tu res absentis ultro gessisti male, nonne culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti *l. 36. d. R. J.* & quæ potest esse jure naturæ sufficiens obligatio, si hæc non est: Aut si bene gesseris,

V quid

quid evidentius, quam expensa tibi reddi? Pro *Grotio*; Nam Juris auctores extra censuræ periculum colloco, duæ res adferri possunt. I. Non tam eum agere de Actione negotiorum gestorum; quam de obligatione ad negotia gerenda. Hanc quidem esse probabilem sed non necessariam, ut aliquis absentium res non rogatus gerendas suscipiat. Sed præter quod Grotius expresse de Actione deque negotiis gestis, non gerendis loquitur, sæpe tanta amicorum conjunctio, tam inexpectata absentium pericula & necessitates incidunt, ut sine perfidia vel contemptu necessitudinis, quam natura inter homines, nedum inter amicos constituit, qui potest succurrere, negotio gerendo subducere se non possit. Altera pro Grotio sit hæc ratio; Quod si neuter sit locupletior è negotiis gestis, cum deficiat consensus, obligatio naturalis non habeat fundamentum; si quis autem locupletior sit, hunc Grotius jure naturæ obligari non negat. Ad hoc primo regeritur; si male per culpam gesta sint negotia, non cessare profectò causam obligationis *arg. d. l.* 36. *d. R. J.* Si casu fortuito non bene cesserint operæ impensæque, ab Eventu suspendere effectum obligationis, quæ ex facto re sic postulante, contracta est, & negotiorum gestorem teneri de casu fortuito, periculumque tametsi nihil ipsi imputari possit, ab ipso ferendum esse, quis æquitati convenire dicet? Plane, quominus hanc sententiam Grotio minus considerate è calamo excidisse dicamus, nihil mihi venit in mentem. Nam quod adfert, nec civilem esse negotiorum gestorum actionem sed ex Edicto prætoris suppletam scilicet, hoc in diversum valet; cum satis constet, Prætores in hoc maxime fuisse, ut quæ Juri civili ab antiqua brevitate deerant, ex æquitate ac utilitate publicâ supplerent.

Justinianus Augustus.

Sicut autem is qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum: ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: Nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia §. 1. *in fin. Inst. de Oblig. ex quasi contr.*

1. Iniquus & inutilis hic rigor, exigendi majorem à negotiorum gestore diligentiam, quam vir bonus & diligens in propriis rebus adhibeat; comparatus ad deterrendos homines à rebus amicorum suorum absentium magno promiscuæ utilitatis detrimento, administrandis. Objectio non spernenda primo auditu, sed evanescens ad geminam rationem. Prima, quod is, qui non rogatus, ultro alienis rebus se miscuit, amicitiæ causa majorem merito quam suis rebus curam adhibere debeat, quando & Mandatarius qui rogatus alienam rem administrandam suscepit ob amicitiæ sanctitatem levissimam præstat culpam *l.* 21. *C. Mand.* Absolvit difficultatem altera ratio, quod si urgente necessitate quis absentium negotia gesserit, nonnisi de latâ negligentia teneatur *l.* 3. §. 9. *d. Negot. gest.* Qui autem absque necessitate rebus alienis ultro se miscet, neque suo, nec publicæ utilitatis respectu habet querendi causam *l.* 35. *d. R. J.*

Ulpia-

Ulpianus eodem Lib. x. ad Edict.

Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii, etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior, agendo autem compensationem ejus, quod gessit, patitur l. 3. §. 3. ff. Negot. gest.

1. Hunc locum, ita ut hic situs est, non posse consistere, docet Cujacius in *lib. 13. Observ. c. 7.* Non adeò, quod Juris principiis adversetur, ut pupillus aliena negotia gerendo obligetur, utpote, quem ex facto suo obligari non posse certum sit *l. 40. d. O & Act.* hac enim ratione non utitur, sed quod ἀκαταλληλία textus repugnet. Ulpianus enim Edictum Prætoris κατὰ πόδας, de verbo ad verbum interpretatur. Ait Prætor, *Si quis negotia alterius &c.* Hæc verba, *si quis*, ait Ulpianus, sic accipienda sunt, ut subintelligas, *sive quæ*. Dein, *negotia*, sic, ait, accipe, *sive unum sive plura*. Pergit ad verbum. *alterius*; hoc ad *utrumque sexum refertur*, ut §. 3. In §. 4. continuare debet in exegesi vocis, *alterius*; sicut in eâ pergit adhuc §. 5. ubi, *Et si furiosi negotia gesserint*. Sed ut nunc legitur, in §. 4. relabitur Ulpianus ad explicationem verborum, *Si quis*, *Pupillus sane si negotia gesserit*; quam ἀπροσδιονυσίαν non est verisimile commisisse Ulpianum. Hæc satis concinnè & κομψῶς Cujacius. Sed quia postulatum emendandi textum Pandectæ Florentini est magnum valde, res vult, ut nec ea quæ nos vocare possint in contrarium, omittamus.

2. Et primò quidem non videtur sufficere, ut pro *pupillus* legatur, *pupilli*. Sic enim non *descendit ad literam*, quæ est Accursii prima emendationum nota, *Pupilli sane si negotia* gesserit. Addendum, si *quis* negotia gesserit, hoc enim ἀπὸ κοινοῦ repetendi facultatem non habet, cum duo versus, inde, ubi τὸ *quis* fuit situm, effluxerint; nec illud etiam remotum, *si quis* hic simplici repetitione contentum foret. Illa jam vero non tantum ἀλλοιώσεως mutatio lectionis, sed etiam προσθήκης additio foret, & μεῖζον αἴτημα, majus postulatum contineret. Dein, per emendationem, persona nimis subito mutatur, quæ nunc ita est; *Pupillus si negotia gesserit, conveniri potest* &c. Cujacius, Pupilli *si quis negotia gesserit, conveniri potest*, non is qui gessit, verum pupillus, hoc inexpectatum est. Dein sequens versus quomodo fluet? *Agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur.* De pupillo intellecta simplicem habent sensum; Pupillus si negotia gesserit, conveniri & agere potest; conveniri, quatenus est locupletior: Agere, ut impensas repetat ejus quod gessit; aut si male gessit, ac inde sit locupletior, hactenus impensas cum lucro suo compensare debet. Quid autem Cujacius? Verborum Ulpiani, *Pupilli sane si negotia gesserit, conveniri potest in id, quod factus est locupletior, agendo autem compensationem ejus, quod gessit, patitur*, paraphrasin hanc edit; Si quis pupilli negotia gesserit, pupillus in id quod factus est locupletior, conveniri potest: Si vero pupillus agat, non de eo quod ipse gessit, sed de eo, quod alter gessit, actione directa, patitur compensationem eo nomine, quod alter ille gessit. Hæc sanè pro *verbis textus* non melius ad sensum, quam ad literam descendunt. Adeò quidem, ut Willembachius noster, qui vix

unquam à Cujacio recedit, hac quidem in re; *Mihi vero*, inquit, *nec lectio illa Cujacii, nec interpretatio probatur, Comment. ad h. tit. in pr.* Ego, ut argumentum ab ἀναλογίᾳ textus non sperno, si cum prioribus comparetur, ita connexionem sensus in *hoc ipso* §. secundum emendationem probare non possum. Et malo credere, Ulpianum, collocando in §. τὸ *pupillus*, in casu recto; in sequente, *furiosi*, casu gignendi, eo spectasse, uti primum ad verba Prætoris, *Si quis*, alterum ad vocem *alterius*, referri voluerit. Sane, quominus pupillus pubertati proximus, negotia gerere possit, hactenus, ut teneatur, quatenus est locupletior factus, nec ipse quidem Cujacius negat.

Julian. Lib. 3. Digestor.

Sed & si quis negotia mea gesserit, non mea contemplatione, sed sui lucri causâ, Labeo scripsit, suum eum potius negotium quam meum negotium gessisse; qui enim deprædandi causâ accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis & is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbè ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem. l. 6. §. 3. d. Negot. gest.

1. Hic etiam textus vocatur in controversiam, quasi ex ratione Juris, ita ut hic situs est, consistere non possit. Quod si pari elegantia, quâ Vir Cl. id demonstrandum putavit, in *lib. 3. Probab. c. 9.* à nobis in diversam partem adferi non poterit, operam dabimus, ut salvâ veritatis tesserâ, Julianum à Censurâ duntaxat vindicasse videamur. Vir Cl. ultima hujus textus verba sic emendat & restituenda, saltem ita scribi debuisse, censet: *Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbè ad negotia mea accessit, actionem, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me retentionem, vel pensationem.* Res pendet ab argumenti pondere, quod exprimat hanc mutationem. Nam sine illo si fuerit, habemus dictum vetus, nusquam verius quam in adserenda lectione Juris Florentinâ, τὸ ἀκίνητον ἄμεινον. *Nihil movere, optimum*, inprimis adeo notabiliter, ut hic fit, ἀκολουθεῖ καὶ συνδεῖται.

2. Argumentum, quo Vir Cl. movetur, ad hunc motum Lectionis Florentinæ, in summâ est hujusmodi; Qui lucri sui causa mea negotia gessit, non habet actionem negotiorum gestorum, contrariam scilicet, quâ contra me agat ad suam indemnitatem: Ne quidem si verè aliquid in res meas impenderit, contra me actionem habet in id quod ei abest. Ergo nec in id, quo locupletior ego inde sim factus. Quia *negatâ actione in id, quod ei abest, propter improbitatem suam, contrariam ei actionem negari puta*, ait Vir Cl. *Verba enim hæc*, in id quod ei abest, *sunt ex formulâ contrariæ actionis, uti Gajus in l. 2. & Javolenus in l. 28. h. t. de Neg. gest. docent. Unde, haud dubito*, concludit, *quin hic Scripturæ error sit, & retentionem, aut pensationem, vel exceptionem auctor, quisquis is fuerit* Julianus an Ulpianus *ponere voluerit, saltem debuerit: Vox autem ista, ACTIONEM, cum fuisset paulo ante inserenda; deinde, ut fit inter scribendum, imprudenti & tantum non aliud cogitanti inciderit.* Satis præsens logus conjecturæ, quem si necessitas inevitabilis

tabilis non injungat nobis, admittere fas non sit. Hæc necessitas mihi non videtur inesse in hoc argumento; Negatur malæ fidei gestori actio in id quod ei abest, Ergo etiam negatur actio in id quo dominus est locupletior. Ne quidem ita licet; Negatur actio contraria negotiorum gestorum. Ergo nec actio in quod locupletior est alter, competit. Nam satis in Jure trita est hæc subordinatio positionum, Negatur actio; Datur actio in quod locupletior est. In Pupillum non datur condictio indebiti, hæc thesis absolute ponitur in §. 1. *I. Qu. b. mod. re contrah.* In eundem pupillum datur condictio indebiti, quatenus est locupletior *l. 5. in pr. d. Auctor. Tut.* Heres non tenetur è delictis actione pœnali, quæ est certissima & absoluta Juris regula in §. 1. *I. de Perpet. & tempor. act.* Idem tamen tenetur è delictis, actionibus etiam pœnalibus, quatenus est locupletior *l. 5. in pr. d. Calumniat. & passim.* Nihilo magis pugnant hæ Positiones; Qui lucri sui causâ res meas gessit, non habet actionem negotiorum gestorum. Rursus, idem habet actionem in id quo sum locupletior. Multo minus pugnant hæ theses; Non habet actionem in *id quod ei abest*, habet in *id quo sum locupletior*; ut Positiones hic sitæ sunt ex quibus, si legeretur Florentiæ, *exceptionem*, ego prope legendum putarem, *actionem*. Sed nihil occupo καθ' εἰσήλυσις. Sufficit, Juliano integritatem adseruisse, quod agimus.

3. Est aliud argumentum Viri Cl. quod an satis adsequar, nescio. *Hæc eo magis censeo*, inquit, emendandum esse, ita ut præscripsit, *quia formula ista, in quod ego LOCUPLETIOR factus sum, non tantum ad exceptionem aut retentionem, sed ad indebiti quoque condictionem accommodari solet*, uti ex *l. 8. §. 22. d. Transact. cum similibus* liquet. Atqui condictio indebiti est actio, Proinde, si ista formula condictionem significat, nihil vetat ACTIONEM in textu retineri. Sed propius argumentum admovet intentioni suæ Vir Cl. in sequentibus: Solet & actioni negotionum gestorum, sive ea directa, sive contraria sit, adjici ista formula in *quod ego sum Locupletior*, sed unà in specie, quæ est in *l. 37. D. & l. 2. C. de Negot gest.* atque ad hanc fere ex rescripto Divi Pii, singulari jure *l. 3. §. 3. l. 34. D. eod. tit.* Hæc igitur est ratio; Super eo quod locupletior aliquis est factus, aut condictio datur indebiti, aut negotiorum gestorum jure singulari, contra pupillos ex rescripto Divi Pii *ad. ll.* Sed in casum hujus textus non convenit indebiti Condictio, nec ille casus singularis ibi extat. Ergo, quæ actio in id quo locupletior aliquis factus est, datur, hic non habet locum; Ac ideo perperam actionis hic fit mentio, cujus erroris ipsum JCtum, an librarium insimulet, ambigit Vir Cl. cum si Julianus erraverit, non hæc emendatio fuerit scripturæ sed correctio & censura juris conditi.

4. Ego vero ita existimo; Actionem in id quo locupletior est is, cujus negotia ab alio proprii lucri causâ gesta sunt, esse ipsam & esse debere negotiorum gestorum actionem; nec esse juris singularis, quod in locis suprà citatis de pupillis adfirmatur, quia naturalis æquitas jubet, ne quis cum alienâ jactura fiat locupletior *l. 14. d. Condict. indeb.* Fieret autem locupletior, si conveniri non posset, quia compensandi & per exceptionem servandi occasio fortuita est. Nec fuit hoc novum, quod Divus Pius constituit, nisi quod dubium de pupillis sustulit in *l. 5. d. Auctor. Tut.* Alios enim qui locupletiores ex alieno sunt, teneri, nulla dubitatio fuit *l. 66. d. Condict. indeb. l. 206. d. R. J.* Quod si

res ea non esset ordinarii juris, adversus pupillos danda fuisset condictio ex Lege, per *l. un. d. Condict. ex L.* Sed ex eo quod contra pupillos ex ipso negotio quod agitur, actio datur in casum, si locupletior fit, ut ipse Vir Cl. probat, quæ alioqui negaretur in eodem; satis intelligitur, idem in omnibus æqui juris esse, ut, quo casu actio quædam adversus eos negatur, eadem tamen, utiliter saltem, obtineat, si locupletiores sint, quemadmodum ipsæ inquam, actiones è delicto, quæ fortissimè negantur adversus heredes, in hos ipsos tamen dantur, quatenus ad eos pervenit *d. l. 5. in pr. d. Calumniat.* Nihil igitur causæ est, quominus in hac nostrâ *l. 6. §. 3.* Dominus, cujus negotia ab alio propriâ contemplatione gesta sunt, cum ipse directam negotiorum gestorum habeat, alteri vicissim in quod locupletior est teneatur actione contrariâ

5. Vir Cl. adducit aliquot textus, in quibus ne quidem bonæ fidei Possessores habent actionem, sed tantum retentionem; Unde *cedo*, ait, *ecquid causæ sit, cur huic permissuros actionem arbitremur, quem ne illi quidem permittunt, quem alioquin justa fides tuetur?* Hic quidem locus non fert, ut omnes illos textus excutiamus; At si cui vacet, illorum argumenta considerare, videbit, omne principium in illis agendi deficere; Sunt autem sequentes; *l. 33. d. Condict. indeb. l. 15. d. Dol. mal. & met. except. l. 15. §. 1. Comm. divid. l. 27. §. 5. & l. 48 d. R. Vind. l. 38. & l. 39. de Hered. petit. l. 45. §. 1. d. action. emp. §. 30. Inst. de Rer. d. vis.* Verum in hac specie negotium alienum est gestum, ex quo directam actionem dari non negatur, & huic contrariam facile adjungi, relatio illarum actionum mutua nemini ambiguum vel obscurum esse paritur. Nimis igitur magnum videtur esse postulatum Viri Cl. *Litem hanc* olim in illis textibus, qui nihil habent simile, *decisam fuisse*; *ne quis hodie contrariam actionem negotiorum gestorum aut condictionem indebiti formula istâ*, in quod ego locupletior factus sum, *hic indigitari crederet.* Nam de condictione indebiti, facile concedimus Viro Cl illam in hoc textu intelligi non posse; quia negotiorum gestor nihil Domino solvisse dicitur. Verum sicut pupilli, quorum negotia gesta sunt, non tenentur actione negotiorum gestorum, attamen eâdem tenentur, si locupletiores facti sunt *l. 3. §. 4. l. 6. in pr. l. 37. D. & l. 2. C. h. t.* ita majores pupillis, quorum negotia gesta sunt, in casu, quo non tenentur actione negotiorum, tamen eâdem teneri debent, si locupletiores sint; quia naturalis & civilis ratio obligationis & actionis eadem est in pupillis & non pupillis *d. l. 14. & 46. d. Condict. indeb.*

Julianus Lib. 3. Digest.

Item quæritur apud Pedium libro septimo, Si Titium quasi debitorem tuum extra judicium admonuero & is mihi solverit, cum debitor non esset: tuque postea cognoveris & ratum habueris; an negotiorum gestorum actione me possis convenire, & ait dubitari posse; quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit: sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium, & sicut ei, à quo exactum est, adversus eum datur repetitio, quia ratum habuit: ita & ipsi debebit post ratihabitionem adversus me competere actio, sic ratihabitio constituet tuum negotium.

tium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum. l. 6. §. 9. d. Negot. gest.

1. Hic locus aliquanto plus difficultatis, quam in præcedente fuit, exhibere videtur. Bernardus Autumnus *in Censura gallicâ* ad *hunc locum*, non sine ratione videtur contendere, eum, qui quod mihi non debebat, solvit tibi, dum meo quasi creditoris nomine pecuniam exegisti, habere condictionem indebiti adversus te, cui solvit, cum quo negotium est contractum *l. 2. in fin. pr. d. Condict. indeb.* Ego vero, cum mea nihil intersit, contra te actionem non habeo, nec tu contra me. Ratihabitio mea non potest mutare quod actum est, nec meus consensus efficere, ut negotium fiat meum, quod plane à me est alienum. Idque longe simplicius videtur, quam dicere, per ratihabitionem exactionis indebitæ pecuniæ, primo nasci actionem negotiorum gestorum inter te & me; dein qui solvit, ei dari condictionem indebiti adversus me, qui nihil cum eo contraxi.

2. Sed ratio Juris est, quod condictio indebiti detur solventi adversus dominum, qui ratam habuit solutionem, licet ei non solverit; cessante verò ratihabitione condicendum est ei tantum, qui accepit *l. 6. §. ult. d. Condict. indeb. l. 86. §. 5. d. Furt.* Quamvis enim negotium domini ab initio non fuerit, quia tamen ejus contemplatione gestum erat, ab eoque dein agnitum & approbatum est, non potest res ad eum non pertinere, siquidem è factis, hominumque voluntatibus obligationum causas oriri manifestum est. Quod autem condictio detur solventi, adversus me, quicum nihil egit, ejus rei ratio esse videtur, quod hæc actio non oritur è contractu, sed quasi è contractu & ex re, hoc ipso quod aliquis accepit pecuniam, etsi non immediate ab eo qui solvit §. 1. *I. de Obl. quæ re contr. & §. 6. I. de Obl. ex qu. contr.* Obiter addendum, quod Ratihabitio Mandato comparatur & actionem Mandati parit *l. 60. d. R. J.* habere locum, si negotium ab initio proprium fuit ejus, qui non mandavit initio, sed ratum habuit deinceps, quod addi potest dictis in Præl. ad *h. t. in fin.*

Paulus Lib. IX. ad Edict.

Tantundem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulationibus nominatim ejus rei facta interrogatio. l. 7. d. Negot. gest.

Iustinianus Augustus.

Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. §. 28. *Inst. de Act.*

1. AMESIUS *Libr. 5. de Conscient. c. 42. n. 21. & 22.* Forma interna contractus legitimi est bona fides, *ait*, qua quis syncerè intendit, semetipsum obligare ad illud præstandum, quod præ se fert, idemque quantum in se est præstare. Ratio est, quia contractus includit consensum promissorium; Promissio autem

est

est testimonium, quo quis fidem suam obligat ad fidem alteri faciendam de hoc aut illud præstando; atque adeo, ut sit vera & syncera, internè ac essentialiter exigit fidem bonam contrahentis. Hinc divisio illa contractuum, quâ alii dicuntur esse bonæ fidei & alii stricti juris, non est accurata, neque locum habet in foro Conscientiæ & coram Deo; Bona enim fides in omnibus contractibus requiritur, ac quia in illa præcipua pars Naturæ contractuum consistit, ex illâ & secundum illam, quatenus liquere potest, judicium est ferendum. In omnibus igitur contractibus procedendum est ex æquo & bono: potius quam ex verbis & summo juris rigore, in quo summa sæpe injuria continetur. *Hactenus Amesius.* De cujus Censura Wissembachius noster *disp. ad Inst.* 45. *n.* 54. ita loquitur. *Amesius divisionem illam contractuum negat habere locum in foro Conscientiæ & coram Deo. Sed ignoscendum Theologo, qui quod non didicerat, obelo confodere properavit. Norunt vel tyrones, bonam fidem hic non opponi dolo malo, ut synceritatem, candorem, ingenuitatem significet, sed adstrictæ Judicis potestati, qui intra septa conventionis se continet.*

2. Non male, quod ad summam rei, Wissembachius; obscurius tamen, quam ut Theologis Jurisque imperitis satisfiat; Quod ad illos convincendos opus est, & fieri posse debet, in arte populari sensuque maxime communi subnixâ. Quid hoc est, bona fides hic non opponitur dolo, neque significat synceritatem & ingenuitatem? Imo bona fides ita semper accipitur, & heic nominatim, ita ut Augustus apud Suetonium dixit Populo Rom. *se bona fidei* esse, promissorum memorem & servantem; quæ dicitur integra fides in *l.* 1. *C. de Suffrag.* Syncera fides *l.* 2. *C. Si Prop. pens. publ.* & mera fides in *l.* 19. *C. de Testib.* Hæc bona, integra, syncera fides in omnibus est servanda contractibus, ut disertè profitentur Cæsares in *l.* 4. *C. de Oblig & act.* Quur igitur in hac divisione tribuitur id uni contractuum speciei? Fit hoc per excellentiam, eo quod aliqui contractus ex sua natura pleniores, atque, ut Joh. Faber olim dixit, effreniores habent effectus fidei bonæ, quam aliis adscribi potest, sine ullâ injustitiâ. Ubique bona fides adhibenda, sed ubi hæc est effusior, ibi regnat *bonæ fidei* appellatio. Ubi pro natura negotii strictior est, ibi à stricto jure potius quam à bona fide, quæ tamen non abest, appellatio petitur, ut oppositio terminorum Artis sibi constet. Exemplo res fiet clarior; Agrum tibi vendidi & tradidi; pretium non solvisti; Teneris mihi ad pretium & usuras, etsi non promissas tempore traditionis, ex bonâ fide; quia fructus ex agro percepisti. Bona fides heic etiam opponitur dolo; Nam si tu fructus retinere nec usuras solvere velis, dolum malum committis. Rursus, mutuo tibi dedi mille Carolinos, non stipulatus usuras, Tu non reddis eos, etsi monitus, Judex te condemnabit, sed absque usuris etsi lucrum de pecunia mea feceris; quia mutuum est contractus beneficus, in quo usura sine conventione speciali non debetur. Hoc ipse, credo, discrimen, Amesius non diceret æquitati & juri conscientiæ adversari. Apud emptionem venditionem spectatur in usuris bona fides: In mutuo, strictum jus. Imo utrobique bona fides, sed ibi plenior, hic restrictior. Ita placuit, omnes mutuæ præstationis Contractus esse *bonæ fidei* plenioris, ut etiam non promissa præstentur. In cæteris ab unâ parte obligatoriis bona fides restringitur ad conventionem partium. Hoc quod excedit conventionem, in utrimque obligatoriis

toriis ex bono & æquo judex *officio suo* quod in aliis contractibus natura negotii non patitur, injungit partibus, ut Paulus in *l. 7. heic* præscripta loquitur. Idque debetur æque valide, quam in strictis ea, de quibus specialiter convenit, uti idem docet. Appellatio bonæ fidei quibusdam præ aliis contractibus hæsit inde, quod Prætor, in formulis actionum, quæ movebantur è contractibus mutuæ præstationis, adjicere solebat hæc verba, *ex bona fide*, vel, *inter bonos bene agier*, aut *ex bono & æquo*. Inde pronum fuit, ejusmodi actiones usu forensi appellare, bonæ fidei; In quibus judex vi formulæ Prætoris habebat liberam potestatem æstimandi, quid alter alteri, etiam ultra quam convenerat, ex bono & æquo, naturæ negotii convenienter, dare, præstare deberet. In quibus autem Judex ejusmodi laxitatem arbitrandi non habebat, sed ubi vel Prætoris vel partium verbis adstrictus erat, hæ stricti juris appellatæ sunt, quod est illud ipsum à D. Wissembachio concisius dictum *superius*.

3. Apparet igitur, Amesium, duobus, in opinionis errorem præjudiciis adductum fuisse; Primo, quod in contractibus stricti Juris ex mente JurisCtorum non habeat locum bona fides; quod aliter se habere jam satis liquet. Neque minus stipulatio & mutuum bonâ fide constant, eò quod alii contractus bonæ fidei dicantur; quam Hesiodus aut Ovidius Poëtæ non sint, quia Homerus & Virgilius κατ' ἐξοχὴν Poëtæ nuncupantur. Alterum Amesii præjudicium fuit, quod strictum jus in hac divisione putavit eodem modo sumi, quo sumitur in oppositione ad æquitatem, pro captatione verborum Legis & summo jure, quam summæ injuriæ locum habere sæpe compertum est. Cum heic strictum jus nihil sit aliud, quam restrictio præstationum ad terminos conventionis à partibus fixos. D. Wissembach in *d. th.* 54. Theophilum interpretem Græcum ejusdem erroris insimulat, eo quod actiones strictas definiat in *paraphr.* §. 31. *I. de Action.* ἐπὶ τῆς τελικῆς τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος. Quibus verbis significatur, ait D. Wissembach, in his actionibus observari τὸ ἀκριβοδίκαιον, *strictum sive summum jus*: Sed ego Theophilum magis absolvendum puto; Nam aliud est ἀκρίβεια, & aliud τὸ ἀκριβοδίκαιον. Hoc enim est strictum sive summum jus & captatorium: Sed ἀκρίβεια nihil quam *exactitudinem* significat, cujus rationem in strictis judiciis haberi tradit Theophilus, quo nihil est verius & rectius. Nam in iis Judex egredi non potest terminos conventionis à partibus initæ, aut formulæ à Prætore præscriptæ, sed eos ἀκριβῶς exacte servare debet, quod à Theophilo inculcatum est. Censuram Amesii patet hactenus esse erroneam.

4. In qua tamen quod incredibile videatur, socium habet JurisConsultum non vulgarem Joh. Imbertum, in *Enchiridio*, *T. de Evict.* qui de hac divisione agens, *Differentia*, inquit, *inter judicia bonæ fidei & stricti juris, quæ à Jurisconsultis nondum institutis sacrosanctæ religionis nostræ Christianæ initiatis, constituta est, non debet inter nos, qui summa hac persuasione & fide perfectissima sumus imbuti, valere. Omnes enim contractus & actiones uno ordine apud nos debent haberi, ut in iis dolus & fraus omnis absit. Nec distinctio adhibenda est, an stricti juris sint, an bonæ fidei. In cunctis si quidem bona fides debet exuberare, quamvis alii aliis sint minus frequentes, nam in frequentia tota hujus differentiæ ratio posita est.* Ad hæc Imberti sic est habendum. Non pendet hujus ratio distinctionis ab arcanis Christianæ religionis;

gionis; sed à dictamine rectæ rationis & usus civilis. Malam fidem & dolum juris Romani conditores satis severe coërcent, & cum utilitate publica sapientissime comparaverunt. A contractuum ingenio & discrepantia negotiorum, non à simplici æstimatione malæ fidei, ut è supradictis patet, hæc res pendet. Si autem bonam fidem æque plenos in omnibus effectus habere velit Imbertus, non satis perpendit diversam contractuum naturam. Mutuum est contractus beneficus, Emptio venditio commutatorius. Non id egere partes, etsi utrobique bona fides exacte servanda sit, ut pares in utroque sint præstationes, idemque in cæteris obtinet. Fallitur etiam, quod diversitas harum specierum à sola contractuum frequentia pendeat. Nam stipulatio & emptio venditio sunt contractus æqualiter frequentes; nec mutuum frequentia cedit deposito, & tamen quidam ex iis sunt bonæ fidei, quidam stricti juris; nominatim Stipulatio, quæ frequentia superabat omnes contractus. Quod ait, in cunctis bonam fidem exuberare debere simpliciter concedimus: Comparate, quod bonæ fidei effectus ubique debeant æqualiter etiam ultra quam partes convenerint, obtinere negotiorum natura non patitur. Imo recte dixeris, non esse verum, quod bona fides exigat in Mutuo, ut usuræ, de quibus non convenit, præstentur. Veteres ita putarunt, & rectè. Bonam fidem exigere, ne quis beneficium postulet esse mercenarium δανείζειν μηδὲν ἀπελπίζοντας, *mutuum dare sine spe lucri*, id est bonæ fidei, ut Christus dominus dixit. Fœnus exigere non promissum ab eo cui subvenias; hoc fit contra bonam fidem. Ac ideo strictum jus per quod usuræ non promissæ peti nequeunt, ipsi bonæ fidei servit, eamque conservat. Imbertus rem minus exacte putavit, Canonice magis quam Νομικῶς.

Ulpianus Lib. x. ad Edict.

Si autem is fuit, qui negotia administravit, à quo mandatum non exigebatur: posse ei imputari, cur, oblata de rato cautione, eum non convenit; si modo facile ei fuerit satisdare, certe in sua persona indubitatum est, & ideo si ex causa fuit obligatus, quæ certo tempore finiebatur, & tempore liberatus est: nihilo minus negotiorum gestorum actione erit obligatus. Idem erit dicendum & in ea causa, ex qua heres non tenetur, ut Marcellus scribit. l. 8. in pr. D. Negot. gest.

1. Contra æquitatem hujus loci disputat Anton. Faber in *Rational. hic.* Et quia nihil audere se professus est adversus Auctores Juris antiquos, in Tribonianum faba cuditur, vel si dicendum quod res est, per Triboniani latus ipsum petit Ulpianum. Nec enim persuadere mihi possum hominem ingeniosum vere in animum induxisse, Tribonianum fuisse auctorem tot mutationum & additionum, quas identidem illi imputat. Hæc præsens ita impugnatur, ut Bachovius aliquanto magis merito suum *impudenter*, quam plerumque facit, ingeminaret. Julianus in *l. 6. §. ult.* docuit ita; Si negotiorum gestor quædam absentis amici negotia gesserit, quædam non gesserit, eum de neglectis teneri, si talia fuerint, quæ vir diligens non omisisset, maxime, si alius contemplatione ejus qui communis amici negotia susceperat, non accesserit ad ea quibus hic supersedit.

sedit. Verum si omissio consistat in eo, quod actionem adversus absentis amici debitorem non instituerit, hoc ei non imputatur, quia non potuit hoc facere sine mandato, quod deest negotiorum gestori. Subjungitur in *hoc pr.* Si talis persona sit negotiorum gestor, quæ sine mandato agere potuit, ut concessum est propinquis *l. 35. in pr. d. Procur.* cum in ea cesset ratio superior, illum ex ea quoque teneri, quod debitores absentis amici non convenit hoc tamen temperamento; quia propinqui sine mandato agere volentes de rato cavere debent, si facile potuit invenire fidejussorem; Nam si hoc ei difficile fuerit, nemo hactenus illum negligentiæ accusandum putabit. Quid æquius aut melius connexum à civilis sapientiæ magistro dictari posset? Et tamen hanc sententiam Faber iniquitatis accusat & quod intolerandum, de corpore Juris expungendam existimat. Alius meliore merito ejusmodi censores è numero Juris Interpretum delendos existimaret, qui Artem civilem cui omnia debent, tam indigne & inciviliter tractant. Quid ille; cur delet hujus pr. verba usque ad versum *Et ideo.* Cavilla sunt, nihil aliud; verbosa, quibus operose refellendis crucem me lectori positurum existimo. Omissio tum demum imputari potest, *ait*, si alius propter negotiorum gestorem non accesserit, ad omissa illa gerenda; ut hoc dici queat, iste alius etiam deberet esse propinquus in quo mandatum ad agendum non requireretur: Quod hic non est expressum. Et si maximè talis fuerit, tamen exigi non potest, ut negotiorum gestor ad absentis res, curandas, fidejussorem conquirat. Responde; Non esse hanc conditionem præcise necessariam, *si contemplatione negotiorum gestoris alius non accesserit*; Est ratio, quæ decisionem adjuvat, Præcipua & adæquata ratio est, *si vir diligens*, hoc quod negotiorum gestor omisit, *etiam gesturus* fuit. Imò Negotiorum gestor tenetur ad exactissimam diligentiam; Nec sufficit eum adhibere talem diligentiam, qualem suis rebus adhibere solet: Tenetur de omni eo, quod alius diligentior eo commodius administrare potuisset §. 1. *in fin. d. Oblig. ex qu. contr.* Tam exquisitæ diligentiæ, quam lex à negotiorum gestore exigit, minimè satisfit, si cum posset actionem instituere contra debitorem absentis, & in promptu haberet cautionem de rato, qua Mandati defectum suppleret, id tamen omiserit. Est tamen argumentum, quod forte sperni nequeat, eum, qui aliena negotia gerit, non ob id cogendum esse alia gerere, ne quidem ea, quæ sine ullo suo incommodo gerere potuit. *Nam si quis ultro negotium alienum gesserit*, huic *satis abundeque sufficit, vel in una specie per suum laborem, amico consulere*, quod est etiam in *l. 10. C. h. t. Satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur.* Negotiorum gestori *propria voluntas finem administrationis facit.* Sed hoc argumentum non tam est contra *hoc princ.* quam adversus *l. 6. §. ult.* ubi traditur id, quod diximus, Negotiorum gestorem etiam ob ea quo non gessit teneri; quem tamen locum relinquit expertem censuræ magister noster. Dicendum igitur, Negotiorum gestorem certè non teneri ad alia gerenda, quam quæ suscepit, si primo rei tantum particulari se applicuit. Verum si vel cuncta absenti amici negotia susceperit, vel certum genus negotiorum, quod multas habebat species, ut negotiationem sagariam vel lintealiam, hæc demum est subjecta materia hujus Quæstionis, cui textus isti nihil obstant. Aliter Bachovius *in Protis ad h. t. c. 5. n. 3.*

Denique non omnino adseverate, sed dubitanter in *hoc pr.* loqui Auctorem arguit immerito Faber, cum nihil antiquis Jurisconsultis magis esse familiare constet innumerabilibus exemplis.

Ulpianus Lib. x. ad Edictum.

Item, si fundum tuum vel Civitatis per obreptionem petiero, negotium tuum vel Civitatis gerens, & ampliores quam oportet, fructus fuero consecutus; debebo hoc ipsum tibi vel Reipubl. præstare, licet petere non potuerim. l 8 §. 1. d. Negot. gest.

1. Bernardus Autumnus in *Cens. Gall. ad hunc l. Hæc sententia*, inquit, *Ulpiani iniquitatem habet, quia ex Juris Præcepto suum cuique tribuere oportet: Fructus ergo qui non debebantur, gestor restituere tenetur ei, à quo exacti sunt, non domino negotiorum vel Reipubl.* applicans huc inter alia argumentum *l. 31. §. 1. Depos.* ubi Tryphoninus; *Probo*, inquit, *hanc esse justitiam, quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione.* E quibus ipsis verbis solutio resultat. Si veniat ille, cui negotiorum gestor per obreptionem aliquid abstulit, huic potius quam domino restituendum esse quod ablatum est, ratio dictat, neque id in hoc textu negatur. Illo non veniente, negotiorum gestor, qui nihil suo nomine petiit, nihil retinere, sed domino cujus negotia gessit eo cujus nomine fructus percepit restituere debet, non modo, quod jure, sed etiam quod nullo jure consequutus est *l. 2. sub. fin. l. 23. d. Negot. gest. l. 46. §. 4. d. Procurat. d. l. 31. vers. Quod si ego. Depos.* eaque est hujus loci sententia, nihil habens iniquitatis. Dominus vicissim ei, qui non debitum solvit, tenetur, ut dictum *suprà ad l. 6. §. 9. h. t.* Plane, quominus ultro negotiorum gestor quod indebite exegit, ei cui abstulit, incontinenti restituat, nihil obstare putem; quia dominus exigendi jus non habet ab illo tertio *h. l. 8. §. 1. inf.* Eadem Censura Autumni eademque responsio ad *l. 23. h. t.*

Paulus Lib. IX. ad Edict.

Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit. hujus hereditatis curationem suscepi: & impendi decem. deinde redacta ex venditione rei hereditariæ centum in arca reposui. hæc sine culpa mea perierunt, quæsitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quiquaginta petere possim, vel decem, quæ impendi. Julianus scribit, in eo verti quæstionem; ut animadvertamus, an justam causam habuerim seponendorum centum. Nam si debuerim & mihi, & ceteris hereditariis creditoribus solvere: periculum non solum sexaginta, sed & reliquorum quadraginta (milium) me præstaturum; decem tamen, quæ impenderim retenturum: id est sola nonaginta restituenda: si vero justa causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur; vel quia furis periculum erat, ne prædia in publicum committerentur, ne pœna trajectitiæ pecuniæ augeretur, aut ex compromisso committeretur; non solum decem, quæ in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta, quæ mihi debita sunt, ab herede me consequi posse. l. 13. in pr. d. Negot. gest.

1. Hanc

1. Hanc legem manu imperiti Interpretis (aliquando enim Triboniano parcit,) esse corruptam & suffartam Censet Anton. Faber. Videamus, an commodum inde sensum elicere possimus, ut de censura melius arbitremur. Hereditatem Titii creditor ejus 50 millium, administravit. Res hereditarias vendidit, decem expendit, centum millia quibus debita hereditaria exsolvere poterat, in arca reposuit, quæ dein perierunt, sine culpa quidem suâ; Sed imputatur ei culpa reponendi pecuniam in arca, quam erogare debuisset. De centum illis sexaginta ipsi competebant, 50 crediti veteris, & decem impensæ. Cum igitur centum ob culpam ejus sint periculo, non tantum illa 60 non recuperat; sed & 40 restituit. Est tamen alia causa creditorum veterum, alia impensarum. Has enim ex officio cum fecerit, servare potest, & deducit antequam ab heredibus aut à creditoribus excuti possit; Ut tantum his *nonaginta* restituat; è quibus sibi quinquaginta crediti sui imputat & retinet. Faber opponit, decem quæ impensa fuerunt, ejusdem esse naturæ cum cæteris 50, idque Paulum indicare in his verbis; *periculum non solum sexaginta*. Resp. diversam esse rationem ꝟ decem expensorum, à 50 crediti, indicatur in *fine L.* his verbis, *non solum decem quæ in hereditaria negotia impenderim sed etiam* 50, *quæ mihi debita sunt, ab herede me consequi posse*. Prius autem sub una complexione ꝟ *sexaginta* contracta sunt, quia dicere voluit, illum quide centum repositis teneretur multo magis de 60 periclitari. Hoc primum in globo positum, Dein separatur & ad liquidum deducitur. Adde Bachov. *Ny. ad h. t. c. 6. n. 2.*

Paulus Lib. IX. ad Edict.

Cum me absente, negotia mea gereres, imprudens rem meam emisti & ignorans usucepisti, mihi negotiorum gest. ut restituas, obligatus non es. Sed si antequam usucapias, cognoscas rem meam esse, subjicere debes aliquem, qui à te petat, meo nomine: Ut & mihi rem & tibi stipulationem evictionis committat: Nec videris dolum malum facere in hac subjectione; Ideo enim hoc facere debes, ne actione negotiorum gestorum tenearis. l. 19. §. 3. d. Negot. gest.

1. Censura Autumni *hunc locum* damnantis ut cognoscatur, specie facti opus est expositâ. Dum negotia mea tu geris, vendit aliquis tibi meam rem, quam ignoras esse meam. Si usuceperis, es dominus, & mihi non teneris ad restituendam, quia justum titulum & bonam fidem habuisti. At si ante usucapionem intellexeris esse rem meam, ex bonâ fide mihi illam restituere debes. Verum quia, si alteri sponte restituas, non habebis regressum adversus venditorem, ita consulit Paulus, ut tu amicum subornes, qui meo nomine à te petat. Ita condemnatus, adversus venditorem, denuntiatione prius factâ regressum habes ex eo quod res ab ipso tibi vendita, evicta est ab alio; quod volunt verba, *stipulationem evictionis nomine committat.*

2. Autumnus vult, Negotiorum gestorem teneri, ad usucaptam quoque rem Domino restituendam, quia nec tutor, nec Procurator, aut qui negotia gerit, eorum pro quibus curant, res emere possunt *l. 35. §. ult. d. Contrah. empt.* Tu loco

responsi dic, Scientes; ignorantes vero ut heic & emere & usucapere possunt *l.*2. § 9. *Pro empt.* Dein hæc collusio & subornatio displicet ei tanquam minus syncera minimeque simplex. Certe aliud agitur, aliud simulatur in hac specie; verum hoc sine dolo malo fieri posse Labeo & Ulpianus, Pauli, cujus hic locus est, æmulus, etiam docent in *l.* 1. §. 2. *d. Dol. mal* Utique fraus, id est, damnum nulli infertur; Venditorem enim, qui rem alienam ignoranti vendidit, evictionis nomine teneri æquum est. Et quod negotiorum gestor domino fidem eo modo præstare vult, ut simul indemnitati suæ consulat, reprehendi non potest, modo nullis utatur mendaciis; quod non fit, quando amico est auctor, ut nomine domini rem à se vindicet. Hactenus ad Autumni objectiones.

3. Est & alius mihi scrupulus. Quid opus hac collusione, cum Gestor ipsi domino rem indicare potuerit, ut is ipse rem evinceret? Sed dic: absentem fuisse dominum: At quomodo tunc alius sine mandatu domini agere potuit, cum id nemo nisi conjuncta persona facere possit *l.* 35. *in pr. d. Procur?* Ergo dic iterum, actorem qui subjectus est, ejusmodi personam esse conjunctam. Si enim alius sit, isque à Gestore ad agendum admissus fuerit, evictionis regressum amitteret per *l.*29. §. 1. *d Evict.* Alias hujus nodi solutiones vide in *Glossâ ad h. l.* Rursus, an, quo jure negotiorum gestor usucaptam rem potest retinere, non potuit in eâdem usucapiendâ pergere, cum ab initio bonam fidem titulumque justum habuerit; mala fides autem superveniens usucapionem inchoatam non interrumpi. *l* 48. § 1. *d. A. R. D.?* Dixerim, illum posse quidem usucapere; sed teneri negotiorum gestorum, quod rem meam, cum sciret esse meam, mihi subduxerit. Ita videtur; aliis, si quid melius occurrat, auscultabimus. Faber & Bachovius hæc non exequuntur.

Modestinus Lib. secund. Respons.

Ex duobus fratribus uno quidem suæ ætatis, alio vero minore annis, cum haberent communia prædia rustica, major frater in saltu communi habenti habitationes paternas, ampla ædificia ædificaverat: Cumque eundem saltum cum fratre divideret, sumptus sibi, quasi re meliore ab eo factâ, desiderabat, fratre minore jam legitimæ ætatis constituto; Herennius Modestinus respondit, ob sumptus, nullâ re urgente, sed voluptatis causâ factos, eum de quo quæritur, actionem non habere. l. 27. d. Negot. gest.

1. Bernardus Autumnus *Censur. Gall. ad h. t.* Falsa est, *inquit*, Modestini opinio, cui adstipulatur Censor Belgicus Simon Groenewegius *hic:* Rationem reddunt, quia bonæ fidei possessor omnes sumptus repetit, & ipse prædo, quatenus res est melior *l.* 38. *d. Hered. pet. l.* 38. *d. R. V.* Addit Groenewegius argum. *l.* 45. *h. t.* ubi traditur dari actionem de utiliter gestis. Mireris horum Censorum, jure merito, temeritatem, in accusando falsi Modestino, dum ipsi falluntur. Quid enim huc pertinet argumentum à bonæ fidei possessore hereditatis, ad eum, qui in re singulari sciens alienâ sumptus fecit voluptarios? Nam quod isti amplas ædificationes à fratre majore factas, in saltu, cui minimè deerat habitatio, quæ Patri illorum suffecerat, habent pro impensis utilibus, in eo non tantum Modestinum

sum habent sibi contradicentem, qui ædificia voluptatis causâ facta fuisse adfirmat; sed omnes etiam agricolas & fundorum dominos nostrates inprimis, etiam verò exteros. Nam hi rectissime ita existimant, amplas domos habitandi gratiâ structas, agris, qui fructuum causa habentur, oneri magno esse, nullo commodo, sed voluptati & magnificentiæ tantum inservire; quorum pretia si agrorum domini solvere debeant, ipsos sæpe fundos exhauriant. Et hoc quidem usu juris, quod illi probatum vellent, frater ille major, minoris partem ædificando inutilem reddidisset. Est igitur hic vere sumptus voluptuarius, quem frater ædificator ille tollat, si potest, ut omnibus injungitur in impensis volupuariis. Hæc res usum hodieque habet, in colonis, si qui, non contenti ædificiis veteribus, novas amplioresque habitationes sine consensu dominorum ædificaverint. Nec enim de æstimatione illarum agere possunt; tollant, si velint & si possint. *l. 9. d. Impens. in rem dot. fact.* Censura sanè quiescat oportet.

Ulpianus Lib. VI. Disputation.

Is, qui amicitiâ ductus paternâ, pupillis tutorem petierit, vel suspectos tutores postulavit, nullam adversus eos habet actionem, secundum Divi Severi constitutionem. l. 44. h. t.

1. Contrarium esse verum docet Autumnus ex *l. 6. §. Sed si ego 6. h. t.* Imo, Instari potest contra Ulpianum, an non totum hoc Negotiorum gestionis institutum, amicitiæ causam habet, ne absentium amicorum res negligantur aut detrimentum accipiant? Ita passim scriptum est. Quid igitur heic amicitiam pro causa negandi actionem negotiorum gestorum haberi legimus? At tu recte facies, si gradus & species amicitiæ distinguas. Si tanta sit amicitiæ sanctitas, ut pietatis officia attingat, inde non dari actionem, jus & ratio volunt *l. 34. h. t.* Cujusmodi pietatis munus in hac ipsâ facti specie, quæ est in hac *l. 44.* Imperatores Severus & Antoninus agnoscunt in *l. 1. C. h. tit.* Nec aliter usu receptum est, quam ut inter amicitiam vulgarem & piam hoc casu distinguatur, quicquid Autumnus adferat in diversum, ut hac parte bene probat ipse Groenewegius ad *d. l. 1. C. h. t.* Censura ne quidem lomentum valet.

2. In L. 40 Faber, pro verbis; *Propterea quæ tibi necessaria esse scirem*, Legit, *propterea quod tibi necessarium esse scirem*; & in fine pro *ut fidejusserim. Et fidejusserim.* Talia non sunt Eunomiæ; nec finem habeant, si omnia persequamur.

Paulus Lib. I. Sentent.

Actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest, hoc judicio experiri. Nec refert, directâ quis, an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est:

est: Maximè, cum utraque actio ejusdem potestatis est eundemque habet effectum l. 47. d. Negot. gest.

1. Prima hujus textus positio nihil habet difficultatis, neque secunda, si effectum intueamur. Nam etsi originis ratione multum, utiles & directæ actiones differant, quia directæ sunt è claris Legum verbis, vel propriâ cujusque negotii naturâ; Utiles ex interpretatione JurisConsultorum, ob utilitatem ad similes casus productæ; in eventu tamen idem per utiles & directas actiones consequimur. Cujac. 15. *obs.* 11. Sed ratio quæ subjicitur, *quia in extraordinariis judiciis &c.* non modo habet difficultatem, sed etiam incongrua & à ratione juris ali na videtur. Nam extraordinariæ actiones erant, in quibus ipsi Prætores causam cognoscebant, *l.* 1. *d. Extraord. cognit.* Ordinariæ, in quibus dabantur judices pedanei, secundum formulam à Prætore præscriptam; quo pertinet, quod ubique ferè Prætor edicit, Judicium se daturum, eo quod jurisdictio dicitur esse judicis dandi potestas *l.* 3. *d. Jurisdict.* Tales sunt extraordinariæ persecutiones oppositæ his, quæ ordinarii juris executionem habent in *l.* 178. §. *pen. d. V. S.* Est eadem distinctio, quam habet Suetonius in Claudio, ubi, quendam reum narrat, ipsius Imperatoris examen metuentem, excepisse, rem non esse cognitionis, sed ordinarii juris; hoc est, de qua Cæsar ipse prò Jurisdictione suâ cognoscere non deberet, sed in quâ dandus esset Judex pedaneus.

2. An autem talis est, de quâ in hoc textu agitur, negotiorum gestorum actio? Non videtur equidem; paucæ fuere cognitionis res & actiones extraordinariæ; Nihil in hac specie videtur esse præcipuum, quod judicis majoris cognitionem requirat. Imo diversum indicant verba Prætoris in *l.* 3. *pr. h. t. Judicium eo nomine dabo*; Sic enim de rebus suæ cognitionis non loquebatur: *Uti quæque res erit, animadvertam*, dicit in *l.* 1. §. 1. *d. Minor.* Cujusmodi verba notant ipsius officium; Priora judicis dationem pedanei. Sed postquam mos ille dandi judices pedaneos obsolevit & Magistratus ipsi judicare jussi sunt in *l.* 2. *C. de Judic. h. ped.* omnia judicia facta sunt id, quod olim erant extraordinaria, ut ipse Justinianus in §. *ult. I. de Interdict.* loquitur, formulæque & impetrationes solennes, quæ olim in ordinariis judiciis erant necessariæ, ab eodem tempore sublatæ sunt, ut patet è *tit. C. de formul. & impetr. subl.* Sed tempore Pauli adhuc erant in pleno vigore, cumque negotiorum gestorum actio non nisi ordinarii juris esset, in eà formulæ conceptionem æque tunc adhibendam fuisse manifestum est. Quid igitur sibi vult hæc ratio, *quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est?* Non potuisse Paulum ita loqui; sed hæc verba à Triboniano infarta esse non dubitat Anton. Faber *l.* 4. *conject. c.* 7. Giphan. in *prolegom. ad lib.* 8. *Cod.* & Wissembachius in *emblem. ad h. l.* 47.

3. Enimvero injectionis hoc specimen non tantum illo communi deformitatis vitio, quod Paulo tribuat rationem à mente ipsius alienam, laborat, sed etiam male & inepte, ut heic est, adhibitum videtur: Quam enim de judiciis extraordinariis hic absurde fiat mentio, si de omnibus, ut hodie fit, judiciis id accipiendum, primo auditu percipitur; quod extraordinarium dicere, ubi nihil ordinarium est, verè sit contradictorium. Nec audio, si quis regerat, alibi Tribonianum eodem modo esse loquutum, in §. *ult. Inst. de Interd.* multo enim aliter ibi

situm

situm est; *Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum.* Ibi enim nihil est aliud, quam quod antea diximus; nunc in omnibus judiciis ita procedi, ut olim in extraordinariis, quod est civile & apte connexum. Sed heic est thesis hujusmodi; *In negotiorum gestorum actione, directe an utiliter agas, nihil interest, quia in extraordinariis judiciis hæc subtilitas supervacua est.* Atqui negotiorum gestorum actio fuit ordinarii Juris; quid igitur hic ratio de extraordinariis? Vel si hoc mittas, quid in hanc rem mutationis infert, quod omnibus est commune judiciis, uti nunc est id, quod Tribonianum hic inseruisse volunt? Fatendum adeò est, hoc emblema esse valde ineptum & Viris eruditis, qualem fuisse Tribonianum excellenter, ipsi Suidas & Procopius ejus inimici testantur, indignum, nec ideo credibile.

4. Non est tamen faciendum, quo Tribonianeæ existimationi magis quam veritati studeamus, quod D. Wissembach objicit iis, qui hoc ἔμβλημα nolunt agnoscere; quos inter Cujacius 15. *Obs.* 11. qui nihil difficultatis invenit in verbis hujus textus, hypothesi qua Paulo adscripta sunt; etsi quàm parum Triboniano parcere soleat, ejus observationes passim loquuntur. Non explicat tamen, quo pacto extraordinariis judiciis actio negotiorum gestorum accenseatur: Mihi verba textus ipsa commodam suppeditare videntur expositionem. Extraordinaria variè dici Brissonius in *Extraordinaria* docet. Judicia appellamus ita, non tantum ubi Prætor ipse cognoscebat, sed etiam quæ non habebant ordinarias & solenniter conceptas verborum formulas, quales erant actiones præscriptis verbis, & qualis omnino fuisse videtur actio negotiorum gestorum; Id ipsum ait Paulus *hic*, *In extraordinariis actionibus, ubi conceptio formularum non observatur.* Formulæ solennes proprie erant in Legum actionibus, quæ inde post XII. tabulas à Juris auctoribus compositæ, & à Gnæo Flavio publici juris factæ sunt *l.* 2. §. 6. *&* 7. *d. Orig. Jur.* Prætoriæ actiones deinde repertæ non habuere certas solennesque formulas, sed has Prætores in factum conceptas, pro cujusque negotii natura judicibus dederunt, sicut JCti in civilibus innominatorum contractuum actionibus formas agendi præscribebant, unde *præscriptis verbis* actiones, ut ad *pr. tit. ff. de* Præscriptis verbis actionibus, à nobis demonstratum est. Hinc non male Treutlerus *disp.* 10. *th.* 5. *lit. A.* Extraordinarias actiones interpretari videtur *Prætorias*, male forte reprehensus à Bachovio, quasi inde sequeretur, in actionibus Prætoriis tempore Pauli ipsos Prætores solitos esse causæ cognitione fungi; cum extraordinariæ sint dictæ, non à cognitione Prætoris, verum quod in illis ordinariæ solennesque formulæ fuerint nullæ, sed arbitrio Prætorum judicibus missæ pedaneis. Quod quidem in actione negotiorum gestorum præ cæteris evidentem usum habet, ut Bachovius bene probat ad *d. loc. Treutleri.* Sed inde non sequitur, hanc Pauli rationem huic actioni soli, sicut ille vult, convenire; quia ratio Pauli desumpta est & peti debuit à loco generis; alioqui non bene ratiocinaretur. Sic igitur commode Paulum intelligimus, Negotiorum gestorum actio directa sit, an utilis, nihil refert; quia in actionibus extraordinariis, ubi non erant conceptæ formulæ, hæc differentia non habebat usum; Poterat enim Prætor accommodare formulam extraordinariam judici dandam, circumstantiis facti; cum in ordinariis & solenniter conceptis formulis, ab actionis Legalis proprieta-

prietate recedere non posset; idque dein firmat Paulus ipso rei eventu, quo per utilem actor idem, quod directâ consequitur; Et hoc Cujacius in *loco citato* illustrat exemplo ex *l.* 8. §. *plane* 17. *d. SC. Vellej.* Nos hac via tam veritati quam dignitati Tribonianeæ, vel potius Justinianeæ patrocinium constare putamus, & rationes Antonii Fabri *d. cap.* 7. *lib.* 4. & Wissembachii nostri sustinere posse videmur.

Ulpianus Lib. x. ad Edict.

Tractari potest, si adversarius non per calumniam transigendi animo accepit, an constitutio cesset: Et puto cessare, sicuti hoc quoque judicium, neque enim transactionibus est interdictum sed sordidis concussionibus. l. 1. §. 3. *d. Calumniator.*

1. Post princ. h. l. sequentia censuræ, quasi Tribonianus hic deliquerit, subjiciuntur, etiam à Bachovio, qui hac parte superat ipsum Ant. Fabrum. Nam hic defectum & concisionem phraseos in §. 1. *Hoc crimen non solum in pecuniariis causis, sed & ad publica crimina pertinere Pomponius scribit*, absque animadversione transmittit. Bachovius id habet pro solœcismo. Tu subintellige vel adde sis, post τὸ causis *verti*, quod Fabro ne quidem monitu dignum est habitum. Suspecta etiam sunt Bachovio verba *maxime cum & lege Repetundarum:* Verum enim non videtur, *ait*, ut quicunque pecuniam accepit ut per calumniam, actionem civilem moveret & pecuniariam, teneatur publico repetendi crimine. Atqui id minimè sequitur ex his verbis. Sed thesin, quo hoc judicium ad publica quoque crimina pertineat, inde probat textus quod lege Julia Repetundarum specialiter cautum sit, ut qui ob negotium (illius legis hauddubiè) alteri faciendum pecuniam, per calumniam, accepit, teneatur ejus legis pœna. Major est species malæ connexionis *in* §. 3. præsertim in versu; *Nam tractari potest*, ibi τὸ *Nam*; prò Sed positum monet Anton. Faber: Mallem transponere & commutare τὸ *Sed*, ex *pr.* §. in locum τοῦ *Nam*, & hoc retrahere ad *princ.* hoc ordine; Judicium de Calumniatoribus tam ad publica crimina, quam ad pecuniarias causas pertinet: Nam & constitutio Imperatoris prohibet tam in publicis, quam privatis & fiscalibus causis dare pecuniam. Sed tractari potest; si adversarius non per calumniam &c. Transitus & connexio ita subsistunt. Verum quid hæc constitutio ad argumentum *hujus sit*. In quo agitur de his qui pecuniam ad alios vexandos acceperunt, & constitutio agit de his qui dederunt pecuniam, ideoque actiones suas amittunt, quas calumniatores, qui nihil actioni habent, utique amittere non possunt. *Fortassis compositores hoc loco aliunde adjuto à simili materiam istam illustrare voluerunt.* Hoc sive Ulpianus sive compositores fecerint, eo minus reprehensionis meretur; quod si per *Nam* cum § 2. conjungeretur, non ejusdem argumenti continuatio, sed positionis de calumniatoribus probatio ac illustratio fit: Cui fini sat commode servire potest. Ipsa constitutio extat in *l.* 1. *C. de Pœn. Jud. qui male iud.* Qua autem ratione lex illa huc applicita fuit, eadem subjecta est admonitio, quæ tamen non multum habet dubii, quod is qui transigendi animo pecuniam dedit, non amittat litem, nec is qui accepit, ex hoc edicto teneatur: Contra quam explicationem, ut obviam, sic Cu-

jacio

facio laudatam *ad l. 7. §. pen. d. dol. mal.* quod disputat Faber, & Bachovius perplexatur, nos morari non debet.

2. Sed ultima sententia, hoc loco à nobis proposita, *neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus*, alio genere Censuræ impetitur, cum ab aliis tum à D. A. Matthæo *disp. 7. fund. Jur. n. 12. & seq.* quia permittit transactiones criminum; *qua ratione delicta manebunt impunita*, inquit, *contra l. 51. ad l. Aquil. Imo lex Dei*, pergit, *transactionem diserte vetat Num. 35. v. 31. & seq.* Jure Civili criminum reis licitum est transactionibus amoliri accusatorem, si modo capitale sit crimen. In minoribus delictis idem non licet. *l. ult. d. Transact.* Est igitur Censuræ duplex ratio, Prima, quam D. Matthæus collocavit, altera, quod major est facilitas in capitalibus, quam in Levibus delictis, quod contra esse deberet, ex rigore disciplinæ. Responsio est. I. Judici non permittitur reo transigere, vel accusatum dimittere, multo minus captum, ut totus *D. & C. titulis de Accusationibus* patet. II. Accusatori post litem contestatam non licet ab accusatione desistere; nam qui hoc facit, incidit in pœnam Scti Turpiliani *t. t. de Sc. Turp.* Quid ergo? Reo capitalis criminis non imputatur novi criminis loco, quod accusationem transactione prævenerit. *Ignoscendum enim censuere Principes ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit l. 1. d. bon. eor. qu. ant. sent.* Nihil aliud hac indulgentia committitur; non Judex in crimen ex officio inquirere & convictum punire; non alius quilibet accusator reum postulare prohibetur. Nec ideo fit, ut hujusmodi transactione delicta inpunita maneant: Nec Juri divino contraitur, quod Judices & sacerdotes prohibet ab infestis homicidis accipere expiationem. Denique nec Jus Civile connivet ad transactiones criminum sanguinis pœnam non ingerentium *d. l. 18. C. de Transact.* quia cessat in illis ratio miserabilis conatus redimendi sanguinis & gladium carnificis amoliendi. Adde Prælect. *ad Tit. π. de Transact. n. 4.* Censuræ satis factum est.

Ulpianus Lib. x. ad Edictum.

Sed etiam præter hanc actionem, Condictio competit, si sola turpitudo accipientis versatur: Nam si & dantis, melior causa erit possidentis. Quare, si fuerit condictum, utrum tollitur hæc actio, an vero in triplum danda sit. an exemplo furis & in quadruplum actionem damus & condictionem? Sed puto, sufficere alterutram actionem. Ubi autem condictio competit, ibi non est necesse, post annum dare in factum actionem. l. 5. §. 1. d. Calumniat.

1. Mirum fuerit, si hic textus ita, ut hoc in loco situs est, cum analogia Juris & sana ratione comparari possit, quod quidem Antonius Faber in *h. l.* ita minime censet, à Triboniano totum esse arbitratus. Difficultas est in concursu actionis pœnalis de Calumniatoribus & condictionis; Quà de re agitur, in versu medio: *Quare, si fuerit* &c. in priore & posteriore versu nihil est scrupuli. De concursu illo triplex est quæstio, an per condictionem tollatur penitus actio pœnalis in quadruplum. 2. an tollatur quoad simplum duntaxat, ut saltem in triplum supersit. 3. denique, an condictio cumuletur & rotunde concurrat cum actione in quadruplum integra. Ad hanc trimembrem quæstionem, ita respondetur, ut

 duo-

duobus solummodo membris conveniat; *Puto sufficere alterutram actionem.* Scimus è Juris principiis, Actiones merè pœnales cum rei persecutoriis ex iisdem causis ortis, integras & cumulative conjungi; cum mixtis etiam, quod attinet ad pœnam, ut in *Prælect. ad tit. de Action. sub fin.* demonstravimus. De calumniatoribus autem actio est vel merè pœnalis vel mixta duntaxat. Mere pœnalem esse contendit Anton. Faber hic, contra quem disputat Bachovius ad *Tr. h. t. th. 7. lit. C.* plerique tamen mixtam esse opinantur. Nihil erraturus videtur, qui tam merè pœnalem, quam mixtam esse dixerit. Merè pœnalem, si alius dederit pecuniam, alius calumniam passus sit *l. 7. pr. &* §. 1. *h. t.* Mixtam, si pecunia data sit ab eodem, quem Calumniator vexare volebat *h. l.* 5. §. 1. *& l.* 8. *h. t.* Priore casu non est dubium, quin actio simpli & quadrupli integra pariter exerceantur, sine offensâ doctrinæ superioris de Actionum concursu, quæ supponit terminos unius ejusdemque actoris. Altero casu, non potest salvo justitiæ vigore, calumniator restituto quod accepit, à pœna liberari. Dicamus igitur, per hæc verba, *sufficere alterutram actionem,* supponi, actionem in simplum & in triplum unius vice fungi; Per has cumulatas actionem in quadruplum tolli; & in quadruplum actionem tollere eam, quæ est in simplum & triplum; quæ junctæ faciunt unam in quadruplum. Ita rectè dicitur; *Alterutram sufficere.* Obscuritas est è compendio & concisione verborum, Jurisconsultis æque ac Triboniano familiari.

Ulpianus Lib. IV. Opinion.

Si ab eo, qui innocens fuit, sub specie criminis alicujus, quod in eo probatum non est, pecuniam acceptam is, cujus de ea re notio est, edoctus fuerit: id, quod illicitè extortum est secundum edicti formam, quod de his est, qui pecuniam, ut negotium facerent, aut non facerent, accepisse dicerentur, restitui jubeat: & ei, qui id commisit, pro modo delicti pœnam irroget. l. 8. d. Calumniator.

1. Hunc etiam locum Anton. Faber à Triboniano corruptum esse putat, non tamen illa simplici ratione, quam Bachovius ei imputat in *Ne. ad h. t. n. 3.* quod restitutio non sit ex formâ Edicti, cum sit in quadruplum actio. Concedit enim verbis, *secundum formam Edicti* esse satisfactum, si cum quadruplo restituatur. Sed negat, restitutionem ullo modo fieri; cum sit actio merè pœnalis: secus ac communiter statuunt, & confirmat Hotom. 1. *Ill. Q.* 29. aperteque colligitur ex *l.* 5. §. 1. *h. t.* In gratiam autem ejusmodi singularis opinionis textum Juris lacerare, vel contaminare quod Faber non veretur, nimis est insolens. Nam quod additur; Speciem hujus L. non esse contra verba Edicti, *Qui, ut calumniæ causa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur,* quid sibi velit, etsi Bachovius id ipsum concedat, non intelligo. Nam qui ab innocente, quem criminis alicujus detulit, pecuniam accipit, ut factum in *hac l.* quid aliud ille fecit, quam quod acceperit pecuniam, ne faceret negotium; quod notat Edictum? Nisi quod in hac specie gravior extra ordinem pœna infligitur, ut est in *fine h. l.* Ne repetam, quod Bachovius ait, & Faber ipse fatetur, argumentum hujus Edicti aliquanto latius extendi quam verba *l.* 1. *in pr.* ferre videantur, ut ex *l. ult.* & aliunde *h. t.* patet.

EUNO-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM IV.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.



Ec timorem infamiæ hoc Edicto contineri Pedius dicit lib. VII. *neque alicujus vexationis timorem per hoc Edictum restitui. Proinde, si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc Edictum non restituitur, quoniam neque metus causâ factum est. Proinde, si quis in furto vel adulterio deprehensus, vel in alio flagitio dedit aliquid, vel se obligavit, Pomponius libro* XXVIII. *recte scribit: posse eum ad hoc Edictum pertinere, timuit enim vel mortem vel vincula &c. Sed etsi, ne prodatur ad eo, qui deprehenderit, alienaverit, succurri & per hoc Edictum videtur: quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quæ diximus. l. 7. D. Quod met C.*

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Ego puto, etiam Servitutis timorem similiumque admittendum. l. 4. eod. tit.

1. Meretur hic locus eâ specie iniquitatis & absurditatis, quam ejus lectio præfert, eximi & liberari. Timor infamiæ non sufficit ad restitutionem in integrum; quia res *nulla* frustra timetur, nec ad metus causam omnino pertinet. Qui autem metu servitutis aut vinculorum aliquid egit, is restituitur. Rursum, fur aut adulter in flagitio deprehensus, si quid dederit aut promiserit, ne proderetur, in integrum restituitur, quia timuit vincula vel mortem naturalem. Hæccene satis cohærent, satin' conveniunt præcepto Juris, suum cuique tribuendi? Dum læsis

læsis per infamiæ metum non succurritur; delinquentibus ob metum mali, quod flagitio suo meriti sunt, in integrum restitutio datur? Cur autem metus infamiæ aut vexationis non sufficit ad restitutionem? *quia rem nullam timuit*, inquit Ulpianus. Itane de infamia, de vexatione? Quis vexatur? *qui fertur & raptatur & huc atque illuc distrabitur*, quomodo Annibal vexavit Italiam, Prædones barbari vexant iter facientes, quemadmodum Cato & Cicero apud A. Gell. *l.* 2 *c.* 6. loquuti sunt. Vexatio igitur est quælibet vis ac injuria, quâ potentes & violenti homines, imbecilliores obnoxios exagitant & cruciant. Infamiam nonne merito magis Viri Boni quam mortem metuunt? Ita de stupro oblato Paulus in *l.* 8. §. 2. *b. t.* Quid feminæ? Lucretia magis metuit infamiam è minis Tarquinii, quam mortem vel stuprum; Nam ad mortem parata noluit mori, ne post mortem infamiâ servilis adulterii dehonestaretur, eo quod Tarquinius, se juxta mortuam matronam servum jugulatum in lecto nudum cum nudâ collocaturum interminatus erat. Nec saltem mori hac causâ noluit; stuprum etiam pati maluit, quam infamiæ sustinere metum. Et adeo si metus stupri, sit causa restituendi; metus infamiæ, propter quam stuprum est inprimis Malum, justior causa restitutionis esse videtur. Cur autem infamia res nulla dicitur Ulpiano? quia privatus eam infligere non potest? Atqui nec in servitutem privatus quenquam redigere potest, & carceres privati æque sunt prohibiti, qua de re titulus est in *Codice*; quas tamen restitutionis causas probat JurisCtus in *d. l.* 4. *b. t.* idque in furibus ac adulteris *ἐν αὐτοφώρῳ* in flagitio deprehensis justamque reformidantibus pœnam.

2. Spero, non multo longiorem fore responsionem, quàm fuit objectio. Qui metuit infamiæ minas, si nullius meriti conscius sibi fuerit, rem vere nullam metuit; Vir bonus & constans ridet mendacia famæ. Si dicat æger homo invidiæ & impotens iræ; Faciam in te librum famosum, cantabo errores tuos publicè Prætor ait, rem nullam frustra timeas. Si quis autem mereatur infamiam, huic non subveniet, quia meretur; & metus, in quo nihil est quam turpitudo, sine damno & cruciatu, non est causa civilis, acta rescindendi. Idem est de vexationibus, de quibus ita dicet, Paratum est tibi Jurisdictionis meæ remedium; nihil est quod metuas. Enimvero non semper est tam grave *vexandi* verbum, quam apud Gellium extat, & heic adjecta est particula vim minuens verbi; vexationis *alicujus*. Intelligit igitur calumnias & transversaria atque tralatitia importuna, quæ potest quidem aliquando metuere Vir bonus, ut Catulus apud Suetonium in *Julio*, cui Cæsar tantum *calumniarum* metum ingessit, ut non modo ab actione suscepta destiterit, sed etiam ad genua Cæsari acciderit; Prætor tamen adiius, Catulum ideo non magis restituisset, quam officium magistratus sui, vel Senatus aut populi æquitatem Catulo defuturam negasset: Etsi fieri potuisset, ut parum in illis præsidii invenisset, turpe tamen esset Magistratui, dando restitutionem id ipsum fateri: Nec si calumniator patulas alicubi aures inveniat, Prætor ideo, quæ sunt acta rescindet, ob id quod ultro tempus & lux veritatis innocentiæ præstabit. Matrona quædam transegerat, suo damno, adhibitis tamen amicis, subacta metu minarum adversarii; vexabo te, dum vives, Lites nectam ab infimo tribunali, ad Ordines usque Generales; non reddam tibi instrumenta literaria, quibus carere non poterat & similia. Inanis vexatio, plenæ stultitia minæ; non

erat Legalis causa restitutionis, secundum Edictum & Ulpianum. Iniquitas tamen adversæ partis aliquando tam odiosa est, ut restitutio impetretur, quod eo quidem casu accidit, in favorem sexus minus constantis: *Usu venit, dum egimus apud Curiam Supremam.* Possunt enim ejusmodi esse merita circumstantiarum, ut causa in thesi non Legalis, fiat justa sufficiens, cujusmodi vexationis exemplum habetur in *l. ult.* §. 1. *h. tit.*

3. At verò si quid afflictionis aut mali tristis juxta infamiam, actu incumbat, cui propulsando Magistratus officium expectari non possit, ut in stupro intentato & extremitate Lucretiæ abominanda, vel servitute vinculisque repræsentatis, aliud juris est: Etsi enim nemo in carcerem vel servitutem jure possit abripi, sæpè tamen id olim factum fuisse exempla & ipsa Juris nostri prohibitio testantur; utique barbaris vendi malum fuisse maximum, quod per vim fieri poterat, ut factum in Josepho Jacobi, nemo neget. Superest de furibus & adulteris in flagitio deprehensis. Datur his restitutio, si quid privatim extortum sit, non impunitatis causâ; manet illos pœna Legis Juliæ & furum integra: Sed privata extorsio & dimissio pecuniaria mali exempli est. Et quod reus prehensus vera mala, mortem & vincula metuit, id ignoscendum esse vult Lex & ratio *l. 1. d. Bon. eor qui ant. sent.* Mortem autem & vincula, quæ reus metuisse dicitur, non à judice, sed iram à patrefamilias metuit: Nec enim pœnam furti unquam & adulterii tum temporis fuisse capitalem satis *aliunde* notum est. Timuit quod est apud Virgilium, *Quique ob adulterium cæsi &c.* ultione præsenti.

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Si quis non restituat, rem metu extortam, *in quadruplum in eum judicium pollicetur* Prætor; *Quadruplabitur autem omne quodcunque restitui oportuit. Satis clementer cum reo Prætor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult pœnam evitare. Post annum verò in simplum actionem pollicetur. l.* 14. §. 1. *Quod met. C.*

1. D. Antonius Matthæus in *disp Jur. Fund.* 7. cujus hæc inscriptio, *Jus civile in paucis à lege Dei, ab honestate & à ratione* deflectit, *n.* 7. ad hanc legem ita collocat censuram; „Actio quod metus causa post annum in simplum datur *L.* „*item si* cum 14. §. 1. *ff. Quod met. C.* Et intra annum etiam qui metum intulit, si „arbitrio judicis rem metu ablatam restituat, absolvitur *ead. l.* 14. §. *eadem actio* „& §. *item actio* 27. *I. de Action.* Quæro, quæ ergo tum pœna delicti admissi? „Hæc *D. Matthæus.*

2. RESPONSIO. Actio quod metus causa non datur adversus solum metus auctorem & delicti reum; Sed contra quemlibet rei extortæ possessorem *l.* 14. §. 3. *h. t.* Non debuit igitur qualitas pœnalis, huic actioni esse adæquata. Sed quatenus promiscuè in possessorem datur, rei persecutoria, ut est, ita esse debuit. Tu dicis; hoc ipsum arguitur, quod metus illati reum lex ab innocenti possessore non separavit. Imo legislator Romanus id minime neglexit: Nam metus auctor judicio mere pœnali, quod est de vi publica privatave, tenetur *tot. tit. n. ad L. Jul. de vi publ. & de vi privat.* Non faciunt meritò Censores, quod unum

unum Juris articulum, neglectis super eadem re sanctionibus aliis, vellicant & vexant. Est alius hac in re scrupulus; Quod possessor illati metus innocens, aliquando in quadruplum tenetur; Sed tollit ipse Juris auctor in *d. l.* 14. §. 3. docendo, quadruplum nonnisi ob contumaciam rem non restituentis infligi, ab initio nequaquam.

Paulus Lib. Primo Quæstionum.

Videamus ergo, si hæres, ad quem aliquid pervenerit, consumpserit, id quod pervenerit, desinat teneri, an vero sufficit, semel pervenisse: Et si consumpto eo, decesserit, utrum adversus heredem ejus omnino competit actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil pervenit; & melius est, omnimodo competere in heredem heredis actionem: sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem & perpetua actio esse cœpit: Alioqui dicendum erit, nec ipsum qui consumsit, quod ad eum pervenerit, teneri. l. 17. *Quod Met. C.*

Julianus Lib. LX. Digest.

Si ipsa res, quæ ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiorem dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quærendum est, quis exitus sit; sed omnino locuples factus videtur, licet postea deperdat. l. 18. *eod. tit.*

1. Quæstio fuit, quatenus heres heredis actione quod metus causâ teneatur, si res à priori herede consumpta non extet? Paulus ait, sufficere, quod semel ad heredem pervenerit, etsi dein consumpta fuerit, actionemque tum esse perpetuam & ad secundum heredem transitoriam. Julianus distinguit, utrum res interierit, an in pecuniam aliamve rem, conversa sit: si hoc, nihil esse dubii; sin prius, non esse locupletiorem putat heredem, qui tantum tenetur, quatenus est locupletior *l.* 16. §. *ult. h. t.* Hanc differentiam inter consumere & interire, quamvis & Cujacio ad *d. l.* 17. laudatam, negat Aatumnus esse Iustam *cens. ad d. l. Ego vero*, inquit, *existimo, quod turpiter, vel scelere quæsitum est, sive consumpserit heres, sive interierit, peti posse.* Rationem, præter ipsam æquitatis evidentiam, petit ex *l.* 1. *C. de His quæ vi met. q. c.* ubi Imp. Alexander, ita rescribit Felici; *Persecutionem eorum, quæ vi vel furto ablata sunt, etiamsi postea interciderint, integram esse, jure responsum est.* Utitur etiam Autumnus *l.* 36. §. *ult. d. Usufr.* ubi scribit Africanus ita; *Ususfructus servi Titio legatus est: cum per heredem staret, quominus præstaretur, servus mortuus est; aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti Legatarii intersit, moram non esse factam. Ergo*, sic colligit Autumnus, *licet res interierit, æstimatio peti potest, quia forte non periisset penes dominum; tum quod turpiter & scelere quæsitum est, non debet spectare ad compendium ejus, qui vim vel metum admisit.*

2. Ut ad ultimum prius respondeam; existimo Julianum agere de casu, quo non

non heres ipsius qui metum intulit, ut Autumnus supponit, verum tertii bonæ fidei possessoris heres convenitur, è *verbis d. l.* 18. *Si ipsa res, quæ ad alium pervenerit, interiit.* Nam hanc actionem, *Quod metus causâ*, dari etiam contra tertium possessorem, qui metum non fecit, satis constat ex *l.* 14. §. 3. 4. 5. *& ult. h. t.* Sed hac uti responsione minus ait esse tutum Glossator *ad h. l.* 18. utique in totum; quoniam heic heres heredis, ad quem semel pervenit, si res in pecuniam aut aliud quid conversa sit, teneri dicitur, etsi postea deperdat: quod in bonæ fidei possessore vel ejus herede non sit verum *l.* 25. §. 11. *d. Hered. pet.* ubi de possessore b. f. hereditatis, traditur, eum re consumptâ non teneri, nisi quatenus ipso eventu factus est locupletior. Atqui in nostra *l.* 18. Julianus possessorem rei metu extortæ comparat cum hereditatis possessore, quam comparationem non esse per omnia bonam arguit Glossator: Sed videndum, an non aliud inveniri possit, in quo hereditatis & rei extortæ possessoris heres conveniant. Si dicamus, utrumque teneri, quod suggerit ipse Autumnus; *post* moram factam; tunc nihil amplius quærendum, quis exitus sit. Atque ut ita Julianum intelligamus; In herede quidem ejus qui metum intulit, sufficere, quod semel res pervenerit, ut perpetua sit actio adversus heredem quoque secundum, juxta *d. l.* 1. *C. h. t.* Heredem tertii possessoris non teneri, si res interierit; quod si in rem aliam, vel pecuniam versa sit, hunc quoque teneri. Si tamen id ipsum pretium, vel res perierit ante moram & sine culpâ, ne sic quidem heres tenebitur; si post moram deperdat, æquum est, eum teneri ex facto suo: Nec aliter verba Juliani *nihil amplius &c.* esse capienda, similitudo hereditatis petitionis quam adducit, indicat, ex *d. l.* 25. §. 1. idque probat etiam Africanus in *d. l.* 36. §. *ult. d. Usufr.* ubi, quanti intersit, moram non esse factam. Etsi adhuc murmurantem audio glossam, *videri id esse contra mentem hujus literæ.* Sed hunc scrupulum non magis tollunt, ea quæ suggerit ipsa, de titulo lucrativo, quem tertius possessor habuerit in specie *d. l.* 18. Puto æquum censorem fore contentum explicatione quam dedimus. Si cui plenius aliquid in mentem veniat, auscultabimus.

Ulpianus Lib. xi. ad Edict.

Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam, alterius decipiendi causâ; cum aliud simulatur & aliud agitur. Labeo autem, posse & sine simulatione id agi, ut aliquis circumveniatur: posse & sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicut faciunt, qui per ejusmodi simulationem deserviunt, & tuentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam; Labeonis definitio vera est l. 1. §. 2. *d. Dol. mal.*

1. Datur etiam Censura Censuræ in ipsos Censores Artis. Tale præbet hic locus exemplum: Labeo & Ulpianus agunt Censores Servii Sulpicii, veteris & magni JurisConsulti: Hi rursus Censores experiuntur alios; quorum Censuram nos iterum ad Censuram ex parte vocabimus, breviter & clare, ut erit facultas. Servius definivit dolum malum, *machinationem quandam, alterius decipiendi causâ,*

 cum

cum aliud agitur, aliud simulatur. Genus est *machinatio*; Reliqua verba differentiam constituunt; Potest enim esse bona machinatio & inreprehensa in alterius salutem. Sufficere ita dolus malus generaliter intelligitur, pro omni maligno alterius lædendi consilio, ut injuriæ, cædes, rapinæ dolo fieri dicuntur, §. 1. *I. de Vi bon. rapt. l. 7. ad L. Corn. de Sicar. l.* 3. §. 1. *d. Injur.* Sed quia dolus in hoc Edicto Prætoris per astutiam commissus intelligitur, ideo Servius adjecit, *cum aliud agitur, aliud simulatur.*

2. Opponunut Labeo & Ulpianus; Potest sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur. Vellem exemplum adtulissent: Ego enim instantiam Labeonis usum habere non video, nisi in fraude quavis manifestâ, rapinis cædibus & injuriis. Sed hæ ad dolum latius acceptum, de quo Servius & Prætor in hoc Edicto propriè non agunt, pertinent. Altera objectio Labeonis & Ulpiani, quod etiam sine dolo malo aliud agi & aliud simulari possit, vera quidem est, sed minus adhuc obstat Servio; cui sane obstaret, si dixisset ille, dolum malum nihil aliud esse, quam machinationem, cum aliud agitur, aliud simulatur; At cum addit, *alterius decipiendi causâ*, nihil valet Labeonis cavillum, quod ultimis Servii verbis, non toti, ut debuerat, definitioni opponitur. Quid quod Ulpianus *in l. 7. §. dolo malo 9. d. Pact.* Illam ipsam Servii definitionem Pedio adscriptam laudat eaque utitur; quod aliter accipere nolim, quam ita, quod ibi dolum in strictiore significatu accepit, ut accipi debet, etiam heic; ubi tamen ipse cavillatus Servium, in hoc reprehendit, quod in Pedio probat.

3. Censura, quæ stringitur in Labeonem ipsum aliquanto speciosior & prægnantior est. Dolus malus, inquit, est *Omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Quæ definitio verbosa & otiose exaggerata videtur Hotomanno *lib. 1. Obs. c. 19.* Bachovius ut insulsam & ineptam deridet, *not. Wesemb. ad h. t. à pr.* Ad *istum modum*, inquit, *etiam liceat cumulare synonyma centum.* Mirum est, tam segniter Labeonem se præbuisse in eâ parte disciplinæ, quâ maxime eum excelluisse veteres tradunt, in notitiâ grammatices ac etymologiæ. Nam ita Gellius de illo; *Antistius*, inquit, *Labeo juris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit & consulentibus de jure publice responsitavit, cæterarum quoque bonarum artium non fuit expers, & in grammaticam sese atque dialecticam, literasque antiquiores altioresque penetraverat, Latinarumque vocum origines rationesque percalluerat, eâque præcipuè scientiâ ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur.* Non minus diligens vocabulorum & proprietatis eorum observator fuit Ulpianus, quem hac causâ Athenæus κειτούκειτος dictum fuisse testatur. Hos homines tam pueriliter in re suæ professionis ineptiisse! Non ero prolixus in responsione, quâ jam olim defuncti sumus in *lib. 3. Digress. c. 25.* ubi Labeonis & Ulpiani patrocinium peregimus; hac summâ defensionis; non esse ἐξεργασίαν synonymorum; sed diversos doli mali gradus etymologicè ad institutionem juris distinctos & in definitione congestos perfectè adæquare definitum. Etenim calliditatem esse versutiam, πανουργίαν, primum synceritatis excessum, à callo animi, sicut manus callidæ sunt ab opere multo. Secundus gradus est, *fallacia* à fando dicta, quæ mendacio & impudentia magis quam actu committitur. Tertius est, machinatio, quæ per insidias & circuitus adfectatur & perpe-

perpetratur, ut Troja capta est, *machinâ belli:* Talis machinatio intelligitur in *l.* 14. *h. t.* cujus structura & gubernatio multum requirat artificii & imposturæ continuationem. Hosce doli gradus Basilici etiam distinctè vertunt πανουργίαν, ἀπάτην ϰ μαγγανείαν. Quibus etiam correlatæ voces, circumveniendi, fallendi, decipiendi à Labeone comparantur, eo sensu quem latius in *d. cap.* 25. *lib.* 3. *Digress.* executi sumus; quo Lectorem benevolum remittimus; ut hâc etiam Censuræ notâ spetem Jus nostrum esse liberatum.

Ulpianus Lib. XI. ad Edictum.

Et eleganter Pomponius hæc verba; *si* alia actio non erit, *sic excipit;* *quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiæ adversari, quod Julianus libro IV. scribit;* *si minor annis* XXV. *consilio servi circumscriptus eum vendidit, cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit, aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est; & quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem. Nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere; secundum quæ, & si pœnali actione indemnitati ejus consuli possit, dicendum erit, cessare de dolo actionem &c. l. 7. in pr. d. Dol. mal.*

1. Institutum præsens, ad honestandam artem Juris inchoatum, persequi non licet, nisi censuras hominum doctorum, quibus Juris conditores prosequuti sunt, aliquando examinemus; etiam viventium, quod etsi difficilius, ratio magis, quam de mortuis, permittit, quo commutatis rationibus, veritas eliciatur. Veteres id usque quaque fecerunt, vel nominatim refellendo aliorum rationes, vel demonstratione vaga, *ut ille putat, aliud dicendum est*, & similibus. Nobis idetiam licuit adhuc, & aliis in nos, intra civilem disputandi modum; quem si quis enormiter excedat, hunc sibi relinquere optimum factu erit. Melius operæ pretium fuerit, comparare studia, cum Viro, qui civiliter ferre potest dissentientes, quo nemo tersius & doctius his diebus in arte nostrâ scribit, & qui rationes pro rationibus reddit. Is autem Vir Cl. hunc locum supra scriptum negat, ita, ut Florentiæ editus, atque à basilicis agnitus est, consistere posse. Non feret ægre, quod nemo studiis & meritis suis fidens unquam faciendum putavit, Lectorem expendere, quæ sit ratio censuræ & emendandi necessitas, ut eam vel recipiamus, vel excusemus, omni autem modo laudemus: Ita meretur, saltem, probabilitate suâ; de necessitate videbimus & agnoscemus libenter, si res feret. Delet Vir Cl. *tract. de Jurisdict. lib.* 1. *c.* 14. hæc verba è medio textu: *Aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*, è quibus adhuc communiter probatum fuit, dolum contractui causam dantem, hunc ipso jure nullum reddere; quæ sententia pariter adit periculum. Audiamus, illa verba cur ferri nequeant. Paulo longior est inductio; Contraham, ut potero. Regulam ponit Ulpianus è Pomponio, *Doli actio non datur, si res aliter salva esse potest*. Opponit ex Juliano: Minor, qui servum, ejus dolo inductus, vendidit, habet de dolo actio-

actionem & tamen ei res aliter salva esse potest; Nam si emptor dolum participat, habet ex empto actionem, aut alioqui minor in integrum restituetur. Respondet Ulpianus; In casu Juliani, emptorem doli expertem intelligendum, ut empti actio non sit; Restitutionem vero nullam dari contra manumissionem *l. 9. § ult. & l. 11. d. Minor.* Ergo res aliter quam per doli actionem, salva esse nequit adolescenti. Rotunda sic & expedita est Ulpiani disputatio, quæ nihil amplius requirit, ac ideo verba hæc, *aut nullam &c.* ab imperito interprete ad marginem, à descriptoribus in textum esse conjecta, ac inde rursus auferenda monet Vir Cl. ita satis eleganter & acutè.

2. Sed videamus, ne Ulpianus parum rectè putaverit, si emptorem in Juliani casu omnino statuerit doli expertem fuisse: magis est, ut emptor cum servo conlusisse videatur, uti hæc res se prodit, initio & eventu comparato; Saltem ab alternativâ præsumptionis id abesse non potest. Debuit igitur Ulpianus ita capere Juliani casum; Aut emptor doli expers, aut conscius fuit; prius solum statuere à natura negotii alienum erat. Ergo ad utrumque membrum fuit Ulpiano respondendum, saltem implicitè; Si dolo careat emptor, non tenetur ex empto, nec aliud est remedium minori, quam de dolo in manumissum; cessante in hac materia beneficio restitutionis. Quod si emptor doli reus est, hæc quæstio cessat; quia tum vel ex empto tenetur, si dolus incidit in contractum; vel si dolus dedit causam emptioni, hæc ipso jure nulla est, omniaque retro agenda sunt, quod est in versiculo κεκινημένῳ.

3. Operæ pretium erit, conferre paraphrasin basilicam; Verba Ulpiani: *Si minor annis* XXV. *consilio servi circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem*, Basilici hoc modo reddiderunt. Ἐὰν ἀφῆλιξ ἀπατηλῶς συμβουλευθεὶς ὑπὸ τοῦ ἰδίου δούλου, πωλήσῃ αὐτὸν σὺν τῷ πεκουλίῳ, καὶ ὁ ἀγοραστὴς αὐτὸν ἐλευθερώσῃ, ἐνέχεται ὁ ἐλευθερωθεὶς τῇ περὶ δόλου ἀγωγῇ. *Si minor annis fraudulento inductus consilio proprii servi, illum vendiderit cum peculio, & emptor eum manumiserit, de dolo actione tenetur manumissus.* Hactenus κατὰ πόδας conveniunt. Sequitur in Ulpiano, *Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit.* Pro his verbis alia omnia basilici. Εἰ μὴ μετέχει ὁ ἀγοραστὴς τοῦ δόλου. εἰ γὰρ μετέχει, ἐνέχεται τῇ περὶ τῆς τοιαύτης ἀγορασίας ἀγωγῇ. *Nisi emptor particeps doli fuerit; Nam si participaverit, ex empto actione tenetur*, ἢ ἄκυρός ἐστιν ἡ πρᾶσις, ἐὰν εἰς αὐτὸ τὸ πωλῆσαι γέγονεν ὁ δόλος. *Vel nulla est venditio, si in hoc ipso, ut venderet, dolus adhibitus sit.* Quod dicat aliquis, de priore periodo; estne hoc vertere? quid tum est, invertere ejus quem interpretere mentem? sed non est versio quam Basilici profitentur, est paraphrasis, aut ἔκφρασις potius. Multa omittunt, multa vel addunt vel mutant, ad textum illustrandum & clarius inducendum. Quod hoc loco mihi præclarè, non ubique licet æque feliciter, instituisse videntur. Ulpianus in specie facti è Juliano propositâ, emptorem duplici à latere adspicere debebat, ut doli expertem, aut participem. Priorem solum expressit casum, alterum magis intelligendum reliquit. Priore casu actio doli erat necessaria, quia cessabat alia omnis actio, tam ex empto quam restitutio. Alterum casum, quo doli particeps sit emptor, obiter attingit, à quæstione scilicet, de doli actione, abeuntem. Basilici hunc absorptum ab Ulpiano eduxerunt; *Si venditorem ipse dece-*

deceperit emptor, actio de dolo cessat; quia venditor adolescens rem suam duplici via servare potest, *Nam aut ex empto in id quod interest agere potest, adversus emptorem, aut si dolus* causam dederit, *emptio venditio est ipso jure nulla*, potestque servum vindicare quasi non venditum, ut in *l. 4. & l. ult. de His qui à non Dom. manum.*

4. Hæc melius forte legenti sedebunt, si locum integrum, quod basilici non fecere, cum eorum explicatione comparemus. Ulpianus;

Et eleganter Pomponius hæc verba, si alia actio non sit, sic excipit, quasi res ei, ad quem ea res pertinet, alio modo salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiæ adversari, quod Julianus libro IV. scribit; si minor annis XXV. *consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem*; quasi actio doli in hoc casu detur, ubi empti actione venditor rem servare possit. Quod non est ita; planum *enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*; aliter ac si dolo non careat, quo casu ex empto actione rem servare posse minorem constat; *Aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*, doli actione tum minime necessariâ. *Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: Nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.* Quo minus hoc sensu verba Ulpiani consistere possint, causam non video. Vir Cl. mentem ejus, qui versum illum intruserit, aliter capit; quasi Ulpianus casum doli ab emptore commissi etiam ad positionem, quâ doli actio competere dicitur, retulisset, quod nullo modo statui potest. Id agitur quidem Ulpiano ab initio ad finem usque, uti probet, actionem de dolo non dari, cum aliter res salva esse potest: sed hoc de casu doli ab emtore commissi non magis adfirmari, quam idem casus à specie facti Julianæa abesse poterat: quia tamen in hoc erat, ut actionem doli non recipere concursum alterius, adstrueret, casum inde alienum, etsi correlatum, abruptè inseruit, quem Basilici explanarunt. Quod autem postremo Vir Cl. sibi non placere significat communem sententiam, qua dolus dans causam contractui bonæ fidei illum ipso jure nullum faciat, quæ maxime ex hoc versu supposititio orta sit, eam quæstionem quia Vir Cl. in aliud tempus & locum rejecit, & est tralatitia, quam & adstruximus *in Prælect. ad h. t. th. 4. & seqq.* hic non tractabimus. Ipse locus à censurâ & emendatione liberatus videtur. Eâ via, quam Vir Cl. inivit, emendatio necessaria, & ad literam bene descendens apparebat. Sed basilici hac parte rem explanasse videntur. Addamus hoc obiter, quod vir Ampl. Joh. *Andr. vander Meulen* prædictum discrimen inter contractus bonæ fidei ipso jure nullos, & stricti juris per exceptionem retractandos, in foro poli & conscientiæ non habere locum docet in *part. 1. de jure poli cap. 2.* Hoc an necessario statuendum sit, pendet ab intellectu regulæ *Juris* 112. Nihil interest, actionem quis non habeat, an per exceptionem elidatur. Via nullitatis & remedium actionis aut exceptionis in eundem finem & effectum desinit, nominatim in usu Jurisprudentiæ forensi & hodierno. Unde nulla, impietatis & conscientiæ jure differentia resultat.

Ulpianus Lib. xi. ad Edict.

Labeo libro trigesimo Posteriorum scribit; Si oleum tuum quasi suum, defendat Titius, & tu hoc oleum deposueris apud Sejum, ut is hoc venderet, & pretium servaret, donec inter eos dijudicaretur, cujus oleum esset, neque Titius velit judicium accipere; quoniam neque mandati neque sequestrariâ Sejum convenire potest, nondum completa conditione depositionis, de dolo adversus Titium agendum: sed Pomponius lib. xxvii. posse cum sequestro praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo; quae distinctio vera esse videtur. l. 9. §. 1. d. dol. mal.

1. Censura Autumni ad *h. l.* 9. Quid hoc, *neque Titius velit judicium accipere?* An igitur reus judicium detrectans sua frustratione potest efficere, ne judicium procedat & sententia feratur, ut ideo tam solicite, quid remedii adversus improbum tergiversatorem deponenti detur, quaerendum sit? Imo tamen judicari potest, ait ille, *quia sententia fertur in invitum & contumax utique condemnari potest.* Ad haec ita respondendum est, ut censurae tamen ratio non statim penitus auferatur. Nam fateri oportet, reum suâ contumacia efficere posse, ne ad sententiam perveniri possit: Quippe Romani juris haec est disciplina, Reum qui se nunquam in Jure stitit, etsi caverit in jus se venturum, non posse condemnari, sed actorem in possessionem bonorum ejus esse mittendum, vel fidejussores in id quod interest, conveniendos, ut diximus *ad tit. D. Si quis caution. in jud. sist. c. fact. non obtemp.* ubi quicquid de contumacibus damnandis, in legibus occurrit, ea non de vadimonio deserto, sed eremodicio contracto, id est, non de his qui se nunquam stiterunt, sed de iis qui litem inchoatam deseruerunt, accipienda esse, monuimus, aliique monuerunt. Nec enim id est singulare vel noviter repertum, sed noti juris, etsi ab Autumno negatum vel ignoratum. Nam quod is *ex l. Properandum* 13. *C. de Judic.* §. 1. in diversum profert, manifesto ad tempus post litem contestatam pertinet. Non est ideo, quod hunc locum id circo, ut ille vult, putemus esse corruptum. Potuit omnino Titius ita perplexari, ut, cum tibi de oleo faceret controversiam, teque litis odio adduxisset, ut oleum tantisper apud Sejum deponeres, qui hoc venderet pretiumque ei, cui dominium foret adjudicatum, redderet, expectatione judicii te eluderet, ac ita frustraretur, ut quo te verteres nescires, & quomodo oleum ejusve pretium à Sejo, si nec is sponte velit, recipere possis, ambigeres, ut heic inter Juris magistros de genere actionis agitari videmus. Sed jam hoc quidem liquet, textum corruptionis aut ἀνωμαλίας absolvendum; Juris universi tamen Eunomiae videndum an bene conveniat, neque sanctius & gravitate judiciorum dignius sit, quod hodie in omnibus Foris receptum videmus, ut si rei bis abesse perseverent, condemnentur. Non contemnimus hac parte mores hodiernos: nec tamen Romanos accusamus, quod adeo firmiter hanc juris naturae regulam; inauditum esse neminem condemnandum, servaverint, ut ne quidem ob tergiversationem & contumaciam secus esse consulendum, sed Tergiversatores remediis Praetoriis cogendos, & possessione rerum suarum potius ad tempus privandos, quam injustâ sententiâ mulctandos putaverint.

2. Autum-

2. Autumnus habet instantiam ex *l. 11. §. 2. d. Recept. qui arbitr. Quid ergo, si res apud arbitrum depositæ sint, eo pacto, ut ei daret, qui vicerit; vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiæ, an cogendus sit, sententiam dicere, & puto cogendum.* Ergo & adversa pars cogenda? sic ille, sed è disparatis male infertur. De arbitro, qui arbitrium recepit, est Edictum Prætoris, ut cogatur dicere sententiam, si modo litigantes rem disceptare velint: possunt enim nolle; & subducere se arbitro, qui tum non cogetur *l. 30. d. tit. d. Recept. qui arb.* Reus etiam cogitur subire judicium remediis Prætoriis; sed judex eo non audito, sententiam ferre non potest.

3. Ergo in hac specie, Labeo, deficiente omni alia actione, ad actionem de dolo confugiebat. Pomponius aliud vidit remedium, præscriptis verbis actionem adversus Sejum, quæ si per inopiam debitoris inutilis esset, eo demum casu de dolo actionem, ut extremum remedium dabat. Autumnus hoc etiam negat, Actionem præscriptis verbis heic convenire, quod ait Pomponius, Labeonem corrigens, etsi Ulpianus Pomponio adsentitur. Non esse vero simile, dicit Autumnus, Labeonem juris peritissimum, vim & naturam actionis præscriptis verbis ignorasse. Nec me movet, *addit*, ratio & auctoritas Cujacii, qui non animadvertit, legem *si oleum*, cæsam & truncatam esse à Triboniano. Quâ parte non docet, neque rationes addit tam magistralis Censuræ, nisi quod præscriptis verbis actio non conveniat; *quæ competit, quoties Civile negotium est,* inquit, *& ubi de faciendo ab utroque convenit; non ergo ex conjecturis & opinionibus sed ex conceptis & præscriptis verbis agendum est.* Sed Autumnus ipse non videtur animum advertisse ad id, quod est certissimum, Actionem præscriptis verbis aliam esse ordinariam, quæ datur è Civili negotio certis faciendi vel non faciendi terminis adeoque è contractibus innominatis, aliam verò extraordinariam, quæ in subsidium ex æquo & bono variis negotiis accommodatur, ut probatur ex *l. 5. §. 2. l. 19. §. 2. d. Precar. junct. l. 14. eod. l. 27. in pr. d. Præscript. verb. l. 52. d. Contrah. empt.* dix. in *Prælect. de Præscript. verb. n. 7.* Nec est dubium, quin ad hanc latius acceptam præscriptis verbis actionem Pomponius & Ulpianus respexerint. Autumnus vero dicens hanc actionem non dari ex opinionibus & præsumptionibus, sed è conceptis & præscriptis verbis, videtur ad concepta & præscripta à partibus verba respicere; quid enim aliàs velit oppositio conjecturæ non video: Sed hoc scio; Præscriptis verbis actionem ita dici à conceptione verborum, non quam partes fecerant, sed quam JurisCti præscribebant litigantibus in negotiis, de quibus non erant formulæ solennes publicè præscriptæ, ut probavimus in *Prælect. ad Tit. π. de Præscript. verb.* cujusmodi præscriptiones æquè à JCtis dari poterant in extraordinariis & vagis, quam in ordinariis & certis actionibus, siquidem ad circumstantias & singularia cujusque facti adhiberi solebant. Ac ideo nihil inde contra Pomponium argumenti colligere potest Autumnus; quem & omnino irritum esse in hunc locum Censuræ satis apparet.

Ulpia-

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Merito causæ cognitionem Prætor inseruit; neque enim passim hæc actio indulgenda est: nam ecce inprimis si modica summa sit l. 9. §. ult. d. Dol. mal.

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Id est, usque ad duos aureos. l. 10. eod.

Ulpianus Lib. XI. ad Edictum.

Non debet dari l. 11. in pr. eod.

1. Exemplum est artificii, quo concinnatæ sunt Pandectæ, aliquanto subtilius, quam necesse fuisset. Verum hæc tamen non est ratio Censuræ, quam huic loco intentat idem Autumnus, *in censura suâ Gallicâ*. Putat actionem de dolo non minus ob rem modicam fuisse dandam, quam actiones furti & de vi bonorum raptorum licet æque vel magis famosas, ob res modicas non negari constat, ut est nota doctrina ex §. *Gallinarum Inst. de A. R. D. l. 5. §. 6. l. 44. d. Furt.* in quam rem laudat ex Cujacio, Juliani Antecessoris Constantinopolitani in *Nov. 69.* dictum. *Quamvis res, de quâ agitur*, inquit, *minima videatur, tamen justa ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis æstimari debet: Nam quod aliis vilissimum esse videtur, hoc aliis pretiosum est.*

2. Responsio è rerum diversitate petenda; Si nulla quam delicti ratio in censum veniret, non esset idonea ratio, quæ Prætorem moverit, exposita ab Ulpiano *h. l. 9.* Nam quicquid odiosi est in actione de dolo, propter quod Prætor voluerit parci hominum famæ, id aliquanto clarius & fortius est in actione furti, rapinæ & injuriarum; quas tamen ob quaslibet sui generis causas etiam modicas dari constat. Respondemus breviter; In his actionibus non est alia parti læsæ copia agendi, quam ex ipso delicto, quod perpetratum est. In casu doli, quem heic, ut in contractibus versatur, consideramus, sæpe datur actori alia facultas agendi è contractu, æquipollens actioni de dolo; proinde à casibus, in quibus non est electio, non recte argumentatur Autumnus ad casum alternativæ facultatis. Prætor noluit, inquam, de dolo actionem dare, ob rem modicam, quia poterat actorem remittere ad actionem ex ipso negotio ordinariam & non famosam, de rapinâ furtoque dari debuit ipsa furti & vi bonorum raptorum actio, quia non poterat aliter agi, nec prætor aliud remedium suppeditare poterat. Accedit alia ratio, quod omnis restitutio in integrum est actio extraordinaria, per quam rescinditur actus per se Jure Civili validus; quod ob rem minimam publicæ vigor disciplinæ fieri non patitur. Unde Callistratus de qualibet in integrum restitutione scribit ita; *Scio illud à quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summæ præjudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat.*

postulat, l. 4. d. in int. rest. Quod in actione doli, quæ est species in integrum restitutionis, evidentius & validius est; quia famosa est hæc actio: propter quam causam, Prætor etiam noluit ei locum esse, nisi omni alio deficiente remedio *l. 1. §. 4. d. Dol mal.* Satis liquet, immerito Prætorem hac parte reprehendi.

4. Cæterum, D. Wissembachius verba Pauli in *l. 10. h. t.* docet esse mutata à Triboniano, ubi cum Paulus scripsisset, ad *duo millia sestertiorum*, ille substituerit, *ad duos aureos*. Egimus hac de re copiose ad *l. pen. D. in Jus voc.* Est enim idem locus ille communis Censuræ. Sed etiam hic textus argumento est, non habere facultatem hanc mutationis conjecturam; quia duo millia sestertiorum non sunt tam vilis & modica summa, ut operæ pretium videri non debuerit Prætori, ob eam, ullo modo beneficium restitutionis in integrum impertiri; faciunt enim si minimum sumas, centum & quinquaginta florenos, vel quinquaginta Philippicos, sive ducatones, quos vocant, aliter LX Imperiales; quæ non est neque fuit olim summa pecuniæ tam contemptibilis. Quare dicendum videtur, aut nihil esse mutandum in verbis Pauli, aut si plane dicendum est, eum putasse sestertiis, scriptum fuisse videri, *ad ducentos sestertios*, per ea quæ disputavimus ad *d. l. penult.*

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Quibusdam personis non dabitur actio *de dolo, utputa liberis & libertis adversus parentes patronosve cum sit famosa, nec humili adversus eum, qui dignitate excellet, vel luxurioso atque prodigo, aut alias vili adversus hominem vitæ emendatioris, & ita Labeo. Quid ergo est? In horum persona dicendum est, in factum actionem temperandam, ut bonæ fidei mentio fiat. l. 11. §. 1. d. Dolo mal.*

1. Hanc honestatis reputationem & accurationem moribus hodiernis esse inutilem, ut nimiam & ineptam censent Pragmatici; inter eos Groenewegius *ad h l.* nec aliter in Foro, etiam nostro Juris civilis alioqui tenacissimo, existimant, ut exemplis comperi; Liberos aut nurum nomine suorum liberorum adversus socerum impetrasse restitutionem in integrum, ex causa doli expresse commemorati, adversus avum liberorum. Sed ego jus civile præferre non dubito, nec causam esse puto minoris erga personas venerabiles reverentiæ his diebus exhibendæ, quam forte olim, si modo curetur, ne quid ejusmodi personæ lucri ex indulgentia Legum capiant, quod minime negligi indicat *lex 12. h. t.* Nec sufficit, quod hodie nomen actionis non exprimitur, ut Autumnus & reliqui excipiunt; nec enim ab actionis nomine pendet hæc res; Sed in ipsâ commemoratione facti consistit, quam contra personas venerabiles sine doli mentione cum circumscriptione decora fieri, non minus hodie, quam fuit olim, rationi consentaneum est. Recte igitur judices ex sententia Juris Romani hodieque facturi videntur; si liberos aperte contra parentes de dolo agentes, pronuntient, admittendos non esse, quemadmodum procedunt. Nec enim honestati, & quinto Decalogi præcepto, unquam præscribitur. Indemnitatem suam à Parentibus actione in factum quam Prætor iis pollicetur, consequi possunt. Denique

nique, mores nostri veniæ impetrationem adhuc à liberis parentes in jus vocantibus exigunt, causam propter quam Prætor eam exigebat, quæ præcipue erat hæc ipsa, ne actio famosa personis venerabilibus inferretur, *l.* 10. §. *pen.d. in jus voc.* negligunt, abs re & dissolutè.

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Quod si, deferente me, juraveris, & absolutus sis; postea perjurium fuerit approbatum, Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jusjurandum transactum videri; quam sententiam & Marcellus *libro* VIII. *Digestorum probat. Stari enim religioni debet. l.* 21. *d. Dol. mal.*

Justinianus Augustus.

Æque si debitor, creditore deferente, juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est, de perjurio queri, defenditur per exceptionem jurisjurandi §. 4. *Inst. de Except.*

1. Mira & absona videtur hæc philosophia Juris Civilis. Si quis perjurio, me jusjurandum deferente, se negaverit esse debitorem meum, in hunc quidem actio datur adhuc; pejerando enim obligatione se liberare non potuit: At tamen si conveniatur, habet exceptionem jurisjurandi, nec solvere cogitur; Quid ita perjurii convictus homo? *quia iniquum est de perjurio queri,* inquit Justinianus. Itane? Labeo sanè cum videret, hanc jurisjurandi exceptionem competere debitori perjuro, ex Edicto Prætoris, & tamen intolerandum putaret, ita abire perjurium, dabat actionem de dolo, utpote cessante omni alio remedio. Sed Pomponius & Marcellus, & Ulpianus eorum sententias referens aliter sentiunt, nec hanc quidem actionem adversus perjurum dandam putant, ratione reddita non minus insolente, quam ex Justiniano audivimus; *Quia standum est religione,* manifesti scilicet perjurii. Quin verto, dicas merito; danda est actio in perjurum, quia iniquum est, perjurium illi esse præsidio, & religionem improbe violatam ipsi prodesse ad eludendam repetitionem. Non omittit hunc locum Censor Autumnus; sed gravius intonat Groenewegius ad *l.* 1. *C. de Jurejur. Futiles,* inquit, *mehercule tantisque JurisConsultis indignæ rationes, quas equidem non sine animi indignatione legere atque expendere potui. Scelestum enim perjurium contemptu religionis præstitum, Religio vocari non meruit.* Simul occupat defensionem Juris auctorum; quod sufficiat perjurii pœna. *l.* 22. *h. t.* quæ tamen nusquam certa traditur, imo ad Deum vindicem remittitur in *l.* 2. *C. de Jurejur.* ubi *Jurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet:* inquit Alexander Imperator. At hunc quidem textum ordini suo relinquemus. Non *sufficit* hoc, ait Groenewegius, *ad civilem de dolo saltem actionem tollendam,* quam Labeo dictabat, *ne cui ex tam improbo detestandoque delicto impium sibi lucrum afferre Legibus concedatur.* Nec dubitat ille, quin hodiernis moribus Labeonis sententia valere debeat, concessâ hoc casu in integrum

resti-

restitutione ex causâ doli, quomodo à Senatu Sabaudico judicatum refert Anton. Faber, ad *tit. C. de Jurejur. def.* 2. *&* 24. Quin huc etiam plerique trahunt Justinianum in *l. ult. C. h. t.* ubi statuit, eum qui perjurio meruit legatum, quasi testamento sibi relictum, de quo heres ei jusjurandum detulerit; si dein approbatum fuerit, ei nihil esse relictum, ab illo repeti posse Legatum aut fideicommissum, *ne ullum ex ejusmodi perjurio lucrum ei accedat*, ait Imperator; quam rationem ut generalem omnibus ejusmodi perjuriis applicandam plerique censent Pragmatici.

2. Mirum, ni succumbere oporteat tam vehementi justæque Censuræ, cavendumque ne in vetus illud impingamus, μέχρι τῶν βωμῶν, ne ultra aras: Nec est dubium, quin ingenua Confessio præferenda sit ancipiti Patrocinio. Verum enimvero, quod præjudicium antehac à Romana gravitate summâque religione jurisjurandi obtendimus Censuræ, in id quod actio non detur ex jurejurando in *l.* 7. §. 16. *d. Pact.* id hic repetere licet; non videri illos temere in re tanta egisse, ut tam atrocem mereantur Censuram. Quid vero, si defensionis caput ex ipsis sacris petamus? Auctor ad Hebræos, πάσης ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ἀνθρώποις ὁ ὅρκος. *Jusjurandum hominibus ad decisionem omnis controversiæ finis est*: Loquitur de Jure tum apud Romanos opinor, recepto nec Hebræis incognito. *cap.* 6. *v.* 16.

3. Quæ sit hujus Juris ratio, posito Lector præjudicio velim existimet, é facti specie quam subjeci; Petiisti centum à Titio, quos tibi deberi putabas; Ille negabat, aut solutum adfirmabat. Tu probationis inopiâ laborans jusjurandum ei detulisti, quod hac lege fit; Si jures te nihil debere, ego nihil à te petam. Ille jurat, dein reperitur instrumentum probationis contrariæ. Jam rursus eum convenis. Ille excipit, Tu facis improbe contraque fidem datam. Promisisti te non petiturum, si jurarem; juravi, impleta est conditio; Non habes igitur quod petas, & est iniquum te renovare litem jurisjurandi religione finitam. Sic res est; Ita veteres censuerunt, eum qui detulit jusjurandum adversario, quod hic præstiterit, non esse amplius audiendum, habere quod sibi imputet. Transegit cum adversario sub Lege jurisjurandi *l.* 2. *d. Jurejur.* Atqui transactionem propter instrumenta noviter reperta retractare non licet, idque non reprehenditur, tam favore finiendarum litium, quam quod suâ voluntate quisque de jure suo recedere potest *l.* 19. *C. de Transact.* Hæc omnia sunt in delatione jurisjurandi, Consensus, renuntiatio, Juris sui in alterum translatio, denique favor litium finiendarum. Non favor perjurii, nequis erret, ut Juris conditores satis indicant, in subjecta incontinenti Lege 22. *h. t.* de pœnâ perjurii qua mulctandus sit is qui temere juravit. Quæ pœna licet in genere qualis esse debeat, sancita non sit, est tamen aliqua, duntaxat extraordinaria; Sic enim pejerans fustibus castigatur in *l.* 13. §. *ult. d. Jurejur.* cum elogio à lictore inclamato, προπετῶς μὴ ὄμνυε, *Temere ne jurato.* Adde *l. ult. D. Stellion. l.* 41. *C. de Transact. & l penul. C. de Dignit.* Sed occupanda est objectio; Transactio propter dolum rescinditur *d. l.* 19. Perjurium est dolus. Respondetur, dolum transactioni causam dantem, eam rescindere: Perjurium heic supervenit; Nam delatio jurisjurandi est loco transactionis, quæ facta est sine dolo, dolus in ipso jurejurando commissus est.

4. His bene perpensis, cum nihil quam pecuniarium damnum creditori ex

voluntate suâ injungatur, non videtur improbandum, quod hac de re Juris Auctores statuerunt, & quod Imperator Antoninus repetit in *l.* 1. *C. de reb. Cred. Causa*, inquit, *jurejurando ex consensu utriusque partis, vel adversario inferente, delato & præstito, vel remisso decisa, nec perjurii prætextu retractari potest, nisi specialiter hoc Lege excipiatur*. Cujusmodi specialis exceptio, quicquid in diversum pragmatici velint, est in *l. ult. C. de reb. cred. & Jurejur*. Quanquam à disciplina recentiore temporum & à ratione comparatâ justitiæ, fateor haud alienam esse Labeonis sententiam, de actione doli mali hoc casu ad perjurium extendendâ: nulla tamen justa, ut videtur, in Jus Romanum Censuræ causa datur. Sæpe enim fit, ut actus iniquus certos juris effectus habeat, sine præjudicio pœnæ, quam Lex secundum ordinem infligit. Qui agrum alienum, invito domino, venandi causâ ingreditur, rem facit illicitam, *l.* 16. *d. Servit. R. P.* nihilominus feram captam facit suam §. *Apium* 14. *Inst. de A. R. D.* at tamen injuriæ pœnam luere debet *l.* 12. *d. Injur.* Qui in furto vel stupro deprehensus & coactus aliquid dedit, solutum repetere potest; at pœnâ Legum nihilo secus tenetur *l.* 7. §. 1. *Quod met. &c.* Qui malâ fide purpuram alienam suo vestimento adjunxit, hic fit dominus purpuræ, at de furto nihilominus tenetur §. 26. *Inst. de A. R. D.* & similia *passim*.

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Hoc edictum Prætor naturalem æquitatem sequutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; Nam cum inter omnes constat, fragile esse & infirmum hujusmodi ætatium consilium & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum; auxilium eis Prætor hoc Edicto pollicitus est, & adversus captiones opitulationem *l.* 1. *in pr. d. Minor.* Et mox; *Apparet, minoribus annis* XXV. *eum opem polliceri, Nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat*. §. 2. *d. l.* 1.

1. Videndum, an hujus Edicti sententia cum reliquis in Jure traditis & moribus Romanorum satis conveniat. Togam virilem sumebant adolescentes Romani annorum XVII. ex instituto Servii Tullii apud Gellium *l* 10 *Noct. Att. c.* 28. tunc ad forensia quælibet, ad postulandum in judicio *l.* 1. §. 3. *d. Postul.* & ad res suas administrandas, nullis subjecti Tutoribus aut Curatoribus, admittebantur, ut probavimus in *l.* 3. *Digr. c.* 15. Quo pacto cum jure congruit, quod heic fragile & infirmum hujusmodi ætatis consilium esse dicitur; quod contractus eorum adeo facile rescinduntur, neque tamen iidem Curatoribus subjiciuntur? Nam hoc ante Divum Marcum nonnisi prodigis, nequedein extra illum casum, invitis unquam fuisse injunctum in *d. cap.* 15. *& seqq.* abundè probavimus. Et tamen ipse Justinianus Imperator, qui tam diserte, ne suo quidem tempore, invitos adolescentes accipere Curatores adfirmat, uno spiritu fatetur, eos, licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis esse, ut sua negotia tueri non possint, in *pr.* & §. 2. *Inst. de Curator.* quæ dicta à nonnullis Censoribus ut contradictoria illi objiciuntur.

2. Hæc res in causâ fuit, ut multi clarique Juris Interpretes in eam concesserint

rint opinionem, Adolescentes Romanis Legibus invitos accipere Curatores, idque invito Justiniano in *d.* §. 2. At hoc à nobis copiose refutatum est in *d. cap.* 15. *& seqq. lib.* 3. *Digress.* Et si maxime controversum id esse queat inde à tempore Marci Philosophi, qui primus auctor fuit, Curam in adolescentes, etiam sine causa dementiæ vel prodigentiæ sanciendi, de omni tamen ante Marcum tempore, non est dubium, quin nec adolescentes fuerint sapientiores quam postea, neque tamen subjecti Curatoribus, sed ad Civilia quælibet officia admissi fuerint, & nihilominus à Prætore cæterisque judicati sint inepti ad res suas administrandas, quæ satis inepta imo contraria esse videntur.

3. Ad hæc ratio sic esse videtur. Etsi septemdecim annorum adolescentes ad quasdam publicas functiones admoti fuerint, à Prætore tamen eosdem rebus suis sine ulla cautione gerendis merito reputatos esse non idoneos, quia difficilius est, majorisque prudentiæ, res privatas, omnis generis contractus, cum versutis & callidis hominibus inire, tractare, quam postulare in judicio vel militare. Nec enim magistratus & ardua Reipubl. negotia recentibus & festinatis ejusm odi viris committebantur. Verum est, eos posita puerili sumtaque virili toga non fuisse publicæ curatorum auctoritati subjectos; utpote, qui in suam tutelam venissent, neque lex XII. tabularum, post tutelam, aliud publicum ætatis patrocinium instituerat. Quod tamen à lege primitus omissum, id à Prætore, cujus ad hoc comparata fuit jurisdictio, ut antiqui juris defectus suppleret, haud fuit neglectum; ut in hoc Edicto factum videmus. Quotidianæ autem administrationis Agnatos & gentiles adolescentum inspectores fuisse, non est dubium: Quibus si non auscultarent, in promptu erat interdictio bonorum; Quam iis temporibus frequentiorem fuisse, quam deinceps. ex eo probabile est, quod Divus Marcus, ut est *in ejus vita*, rem quæ jam coeperat esse in usu crebro, fecit honestiorem; ut petitio Curatorum fieret *non redditis causis*, ut scribit Capitolinus & nos probavimus *in d. lib.* 3. *Digress. c.* 17. ne scilicet, opus esset allegari dementiam vel luxuriam; sed minores annis XXV. hoc ipso, quod minores essent, petere possent Curatorem, cum necessitate muneris publici. Sic satis *civiliter*, nisi fallor, usum togæ virilis anno ætatis XVII, & defectum ordinariæ Curatorum potestatis, cum declaratione Juris auctorum, de incapacitate minorum annis XXV. res suas gerendi conciliari videtur.

4. Postremo, non est reticendum, plures populos hactenus à Romanorum judicio discrepare, quod virilem vigorem aliquanto celerius ad fiduciam sua negotia administrandi maturescere opinantur, quam anno demum vigesimo quinto impleto; sufficiente illorum arbitrio viginti, aut unius & viginti annorum ætate: qua de re *diximus in Prælect. ad h. t. à pr.* Vel sicubi à definitione juris Romani, certo jure non sit recessum, usu tamen ipso diversum recepisse videntur, negatâ vix ulli, vigesimum ætatis annum egresso, veniâ ætatis, qui modo in latitudine frugi hominum censeri possit; aliter ac Romani Imperatores, qui talia Consulum vel Præsidum decreta, quasi ambitiosa improbarunt; ipsi autem, vindicata sibi hac potestate, perraro minoribus rerum suarum administrationem extra ordinem indulserunt, eoque jure utendum esse declarant in *l.* 3. *in pr. d. t. de Minor.*

Ulpianus Lib. xi. ad Edict.

Sed utrum solis patribusfamiliarum, an etiam filiisfamiliarum succurri debeat, videndum. Movet dubitationem, quod, si quis dixerit etiam filiisfamiliarum in re peculiari subveniendum, efficiet, ut per eos etiam majoribus subveniatur, id est patribus eorum: quod nequaquam fuit prætori propositum: prætor enim minoribus auxilium promisit, non majoribus. Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filiumfamilias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis caussis; quæ ipsius intersint: puta si sit obligatus. Proinde si jussu patris obligatus sit: pater utique poterit in solidum conveniri: filius autem (cum & ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus, vel exheredatus, in id, quod facere potest: & quidem in potestate manens, etiam invito patre, ex condemnatione conveniri) auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut solet interdum fidejussori ejus prodesse, videamus, & non puto profuturum. Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium: si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, excepta mutui datione: in hanc enim, si jussu patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur. Proinde & si sine jussu patris contraxit, & captus est: si quidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus: si filius conveniatur, poterit restitui. Nec eo movemur, quasi intersit filii peculium habere. Magis enim patris, quam filii interest: licet aliquo casu ad filium peculium spectet: utputa si patris ejus bona à fisco propter debitum occupata sunt: nam peculium ei ex constitutione Claudii separatur. l. 3. §. 4. d. Minor.

1. Diu fuit otium à censuris Antonii Fabri. Tres tituli transierunt ἀσύμβολοι. Nunc verò totus hic versiculus, inquit, *Excepta mutui datione: In hac enim si jussu Patris mutuam pecuniam acceperit, non juvatur*, irreptitius est, ex glossa alicujus Interpretis. Nisi quis probabilius putet, Tribonianum in hoc quoque §. ut alibi sæpe, violentas intulisse manus Ulpiano, adeo ut majorem hujus §. partem à versu *Proinde*, usque ad *Nec eo movemur*, velit esse ἔμβλημα Triboniani, satis male concinnatum Faber. Sic ille. De merito hujus censuræ ut existimetur, sententia §. ὡς κεῖται, breviter enucleanda. Restitutio facienda est ita, ut solis minoribus prosit, non aliis per illos, nequidem patri per filium minorem. Et tamen quotiescumque filiusfam. minor est obligatus & ejus interest, ipse restituitur. At si jussu Patris obligatus sit, hic quod jussu actione tenetur in solidum. Nec tamen ipsi filio qui contraxit, & conveniri potest, negatur auxilium restitutionis. Quod tamen Patri *directè* non prodest, etsi fidejussor aliquando per restitutionem rei principalis adjuvatur. Unde conclusio, filium, si conveniatur, restitui; Patrem ex suo jussu conveniri cessante restitutione. Sed exceptio de Mutui datione habet difficultatem: *In hanc, si jussu Patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur*: male subjicitur hæc acceptio proxime antecedenti positioni, ubi, *auxilium cessat*. Ergo hæc verba, *si Patrem conveniat creditor, auxilium cessat*, ut in Parenthesi accipienda sunt. Exceptio referatur ad priorem positionem; *si filius conveniatur, postulet auxilium*. Excipitur casus mutui jussu Patris

Patris accepti, de quo filius sine restitutione teneatur: Cum alioqui notum sit, ex Sc. Macedoniano, de Mutuo filiifam. agi non posse. Cur igitur cum filius qui jussu Patris contraxit lege non prohibente si conveniatur, habeat restitutionem, amittit eam, si jussu Patris mutuum acceperit & conveniatur? Cujacius *ad h. t.* id in favorem creditorum placuisse putat, *ut eatenus saltem sublevarentur, qui alias Senatusc. Macedoniano satis opprimantur*; quod & significetur in *l. 2. C. De filiofam. minore*, in verbis; *Nec jussu ejus, nec contra Senatusconsultum contractum est.* Sed hanc rationem Faber concoquere non potest, & Bachovius *ad h. t. c. 11. n. 2.* qui pleraque Fabriana concoquere non potest, hanc Cujacii rationem merito *ineptam & nullam* à Fabro dictam scribit: Quæ verba in Fabro non repperi. Sed Bachovius addit rationem contrariam; *Neque enim sanctissimo Senatusconsulto dicendi sunt opprimi creditores*, inquit. Neque tamen ego Bachovianam rationem concoquere possum, qui verba *non adjuvatur*, intelligi vult ita, quod filius non restituatur eo quod ipso jure tutus sit, nec egeat auxilio. Itane, qui tutus est omnino & ipso jure, dicetur *non adjuvari*, idque in contextu, ubi nonniu de actuali restitutionis beneficio competente vel cessante agitur? Cavillatio inepta & incivilis. Satius est, ne cum Fabro discerpere opus sit textum, Cujacii rationem adjuvare. Senatusconsultum Macedonianum est in odium creditorum *l. 1. d. Sc. Mac. l. 40. ad Sc. Vellej:* qui pecuniam filiofam. creditam amittunt. Humanum est, hoc odium aliqua parte lenire. Filius è contractu, inito patris jussu conventus ipse, regulariter restituitur, eo quod ipsius intersit non condemnari, ut in *majore hujus §. parenthesi* exponitur. Sed de mutuo jussu Patris accepto conventus, non modo Senatusconsultum Macedonianum cessat, sed nec ob ætatem restitutionis beneficio creditor eluditur, quia damnum in eventu ad patrem cujus est peculium pertinet. Verum est, filii quoque interesse, habere peculium; Sed non est iniquum creditori adversus illud leve commodum filiifam. qui jussu patris accepit pecuniam, succurri. Nec hujusmodi exceptionem admittere tantum est malum, quam textum urere & secare cum Fabro. Cujus rationes partim cavillatoriæ, quibus nulla lex agitari non potest, partim falsæ, ut hæc; Ait textus, *Si patrem conveniat creditor, auxilium cessat.* Faber, *Imo quidni convento etiam Patre dabimus filio restitutionem.* Contra actionem adversus Patrem motam? Falsum id quidem. An Filio ut ipse liberetur adversus actionem futuram? Sed hac de re non agitur in his verbis; Præter quod & Bachovius haud temere negat, eo respectu opus esse restitutione filio, quod cum eadem res sit eademque præstatio, qua Pater & Filius obstricti sunt, altera actio per alteram consumatur, per *l. 4. §. ult. Quod cum eo qui in al. pot. l. 1. §. 1. Quod jussu. l. 1 ... d. Inst. act. l. 9. §. 1. d. Tribut. act. §. 5. I. Quod cum eo qui in al. pot.* Faber; Denique pro illis verbis, *si filius conveniatur, poterit restitui*, debuerat potius scribi; *Si filius possit conveniri, erit restituendus.* Quia non solum si conveniatur, sed & prius quam conveniatur, restitutio competit. Alioqui restitutio in integrum nunquam proponeretur, nisi per viam exceptionis, cum tamen certum sit, posse illam proponi, etiam per viam actionis *l. 9. §. 3. Quod met. c.* Quasi non plerumque sicut à potiori fit denominatio, sic etiam usus rei præcipuus, cum res obiter memoratur, exprimatur, reliquo usu tacite intellecto.

Præci-

Præcipuum esse restitutionis usum & longe præcipuum, quando movetur actio, quis negat; aut quis expectat, ut quoties restitutio memoratur omnis ejus usus exprimatur? Quin hoc animadvertendum fuisset in Ulpiano, si ita ut Faber vult, scripsisset; Nam usum minus principalem posuisset, ordinarium vero dissimulasset. Cur non Faber emendat hoc modo *si filius conveniatur, aut conveniri possit, erit restituendus?* Tum plenè scripsisse videretur: Sed apage nugas hypercriticas. Faber. Sed quod omnium maxime ne movet, illud est, *inquit*, quod sequens versiculus, *nec eo movemur*, quem nos Ulpiani esse admittimus, necessario referendus est ad versic. *ego autem verissimam.* Unde quicquid intermedium extat, id spurium esse colligit: Imo nec ipsum priorem versum, *Ego autem verissimam*, satis ferre potest (adeò intonat crisi sua) latinum an sit, *quæ ipsius intersunt*, quod ibi scriptum est, Quasi diversum hoc sit à Ciceroniano *ad Qu. Fr. Hoc* vehementer *interest Reipubl.* nec tam dicere liceat; *hæc intersunt Reipubl.* quam hoc interest Reipublicæ; vel, Quid *interest ejus* aliud sit, quam Quæ *intersunt ipsius*. Ad rem ipsam, non utar eo quod Bachovius adfert, ejusmodi connexionum argumenta non habere locum in fragmentis à compositionibus & variis membris, ut sint textus Pandectarum, collectis. Nego versum; *Nec eo movemur*, minus bene cohærere cum proximè antecedentibus quam cum versu *Ego autem*. In proximo fuit ita; *Si quidem Pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus.* Huic subjungitur, *Nec eo movemur quasi intersit filii peculium habere.* Est objectio, Cur filius non restituitur, ubi Pater de peculio convenitur, cum utique ejus intersit, habere peculium? Ad quam objectionem respondetur *in sequentibus*. Instat Faber Non potest fieri, quod Tribonianus agit *in emblemate suo*, ut restitutio filii prosit Patri; Ut illa quæstio, *an hoc auxilium Patri quoque prosit*, nonnisi inepte & falso intexta fuerit, *ait*, idque Ulpianum in priori parte hujus §. docuisse demonstrat. Quod quidem posterius falsum est; Ulpianus enim hoc, ut rationem dubitandi, quam tamen repudiat, proposuit. Nec verum est, eo quod filius restituitur, Patrem liberari obligatione jussionis. Restitutio enim non tollit aliam obligationem, quam ejus qui restituitur, nec aliis ne quidem ipsi Patri prodest, ut per totum *hunc* §. docetur, & firmat *l. 1. C. de Fidejuss. Minor.* Sed Faber probat contrarium ex *l. 27. in pr h. t. Patri pro filio omnino præstanda restitutio est, licet filius restitui nolit, quia Patris periculum agitur, qui de peculio tenetur.* Multo magis igitur si filius restituatur, id Patri proderit. Hæc objectio ita Bachovium conturbat, ut exitum non inveniat, nisi pari audacia, qua Faber nodos secat, *d. l. 27.* ab interprete, vel à Triboniano corruptam aut subornatam dicat, etsi dein, aliam tentet respondendi viam. Mihi cur tam desperata sit hæc difficultas, non satis liquet. Agitur enim in *h. l. 4. §. 3.* præcipue de contractu à filio jussu Patris inito. Ex hoc conventus minor filius restituitur, nec ideo Pater vi jussionis eximitur. In *l. 27.* jussus Patris abest. Filius ex suo contractu in solidum convenitur, & perversa generositate non vult implorare beneficium restitutionis. Hoc Pater, in quem redundat periculum impetrare potest, quod impetraret, si jussu ejus contractus initus fuisset. Dixeris; in ipso §. 4. *l. 3.* sub finem agitur etiam de contractu sine jussu Patris inito, quod est verum; Sed ibi non negatur, Restitutionem filii prodesse Patri,

tri, credo, si contractus filii rescissus sit per restitutionem ipsi indultam, Patrem de peculio non posse conveniri; nullum enim hujus actionis aliud fundamentum est, quam contractus filii. Idque ab initio diximus, Restitutionem filii non prodesse Patri directè; per consequentiam quominus prosit, quatenus peculium manet superstes, impediri non potest. Discrimen inter contractum filii jussu Patris & sine jussu initum tenet etiam Cujacius, quem refellit Faber eo, quod Actio quod Jussu non sit actio per se, verum accessoria contractus filii. Quod verum est, quod ad formam agendi, in qua Jussus mentio adjicitur actioni è contractu, quem filius inivit. Principium tamen & fundamentum agendi contra patrem, qui jussit, validius esse, quam si Pater non jusserit nemo negare potest, idque in hoc negotio sufficit, qua parte Bachovius acriter etiam contra Fabrum, & nimis acriter; quia si minus vere, subtiliter tamen & probabiliter satis hac de re disputat.

Ulpianus Lib. VII. ad Edict.

Sed quod Papinianus libro secundo responsorum ait, minori substitutum servum necessarium, repudiante quidem hereditatem minore, necessarium fore, &, si fuerit restitutus minor liberum nihilominus remanere, si autem prius minor adiit hereditatem, mox abstentus est, substitutum pupillo servum cum libertate, non posse heredem existere, neque liberum esse: non per omnia verum est. Nam si non est solvendo hereditas, abstinente se herede, & Divus Pius rescripsit, & Imperator noster & quidem in extraneo pupillo, locum fore necessario substituto. Et quod ait, liberum manere, tale est, quasi non & heres maneat, cum pupillus impetrat restitutionem, posteaquam abstentus est. Cum enim pupillus heres non fiat, sed utiles actiones habeat, sine dubio heres manebit, qui semel extitit. l. 7. §. 10. *d. Minor.*

1. Faber; Verba quæ sub finem hujus §. habentur, *postea quam abstentus est,* Sunt imperiti interpretis. Nam Papinianus non fuerat locutus de pupillo aut minore *Suo*, sed de extraneo, qui proinde se non abstinere sed repudiare dicitur; quod probant verba illa; *Repudiante quidem hereditatem minore.* Cur ergo non ait, etiam imperiti interpretis esse verba, quæ sequuntur hæc ultima: *Si autem prius minor ADIIT hereditatem,* MOX ABSTENTUS EST. Adire & Repudiare sunt correlata, non abstinere regulariter. Extranei enim adeunt & repudiant; Sui miscent vel abstinent se. Verum in Jurisconsultis qui scholasticam accurationem illam ubique putant exigendam, nihil agunt. Cum ex professo de certis materiis agunt, servant terminos; Sed cum alias obiter de rebus iisdem loquuntur, anomaliis & catachresibus gaudent, ut modo stricte ac in terminis, modo laxius & populariter iisdem vocibus utantur. Hujus rei toto jure tot obvia sunt exempla, ut sine tædio referri non possent. Quid magis oppositum est terminis, quam Jus Civile & prætorium, quam rescindi & nullius momenti esse, quam communes & publicas res? & tamen hæc sæpe commutantur. Verbum passivum *abstentus est* hic placuit potius, quam *repudiavit*, quia pupillus & minor ipsi non agunt, sed ab aliis adhibentur agendo. Pupillus non repudiat

pudiat proprie, licet heres extraneus, sed tutor repudiat pro illo. Et quia Pupillus hic ipse memoratur; neque Repudiandi verbum illi passive applicari poterat, hinc abstentus est, è calamo fluxit. Papiniani Argumentum Textus reliquum ad Eunomiam non pertinet. Obiter, observa sis *l. In causæ 13 b t.* ubi dubitanter, *oratione suspensa*, phrasis, *unde tractari potest* aliaque Fabro toties ut Tribonianæa, cum in mentem ei venit, animadversa, hoc loco nihil ipsi quam Ulpianæum sapiunt.

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Idem Pomponius, in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire l. 16. §. 4. d. Minor.

1. Hic unus est è locis palmariis, quæ secundo Juris præcepto *Tribuendi suum cuique*, vel ut D. Anton. Matthæus vult in *disp. fundam. jur. 9. th. 3.* Præcepto tertio *Alterum non lædendi* repugnare dicuntur, Non tantum, quia, ut modo vidimus, circumvenire sit doli mali proprium, nec unquam licitum esse potest; sed etiam quod hoc ipsum captare lucrum è commercio, *naturaliter* licere dicitur; cum, si aliquâ ratione defendi vel excusari queat, hoc è jure positivo, non ex simplicitate naturali petendum videatur, ut Aristoteles docet 5. *ad Nicom.* 4. Ἔτι μὲν γὰρ ἐν οἷς ἄδειαν ἔδωκεν τοῦ κερδαίνειν ὁ Νόμος, οἷον ἐν τῷ πωλεῖν καὶ ὠνεῖσθαι. *Sunt nonnulla, in quibus lex dedit licentiam lucrifaciendi, veluti in emendo & vendendo.* Simplicitati naturæ conveniens est, ne quis ex aliena jactura commodum suum quærat *l. 14. d. condict. indeb.* quod hac circumveniendi licentia promiscuâ fiat. Διὸ καὶ πάντα συμβλητὰ δεῖ πως εἶναι, ὧν ἐστιν ἀλλαγή. *Proinde cuncta, quorum fit permutatio, inter se conferenda sunt*, ait idem Philosophus *c. 5.* ἐφ' ὃ τὸ νόμισμα ἐλήλυθε, *in quem usum nummus*, inquit, *introductus est.* Tamen quod heic Ulpianus, idem æmulus ejus Paulus adfirmat in *l. 22. §. ult. D. Locat.* *Quemadmodum in emendo & vendendo*, ait, *naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, ita in conductionibus & locationibus idem juris est.* Videamus, quid Auctores illi voce *Naturaliter* significent; *Intelligunt* ait Grotius, *quod moris passim recepti est, lib. 2. cap. 11. n. 26.* De Jure B. & P. Magis est, ut τὸ *naturaliter* idem sit, quod juris Gentium, ut per traditionem jure naturali, res nobis acquiruntur §. 40. *I. de R. Divis.* jure naturali, quod appellatur jus Gentium §. 11. *eod. tit.* Prorsus enim ita jure Gentium receptum est, ut rem minori pretio emptam pluris vendere liceat. Quod nec Aristoteles in *d. cap. 5.* aliter, dum æqualitatem in contractibus inculcat, τῇ μὲν ἀληθείᾳ ἀδύνατον, πάνυ δὲ σύμμετρον γενέσθαι, πρὸς δὲ τὴν χρείαν ἐνδέχεται ἱκανῶς. *Re verâ ad æqualitatem omnia redigere ex iis est, quæ fieri non possunt, at secundum indigentiam, id habet facultatem.* Postquam dixerat, δεῖ δὲ πάντα μετρεῖσθαι τῇ χρείᾳ. *Oportet omnia secundum indigentiam æstimari.* Hoc igitur est pretium rerum, quanti quisque usum cujusque rei æstimat; modo venditor indigentiam illam suo dolo non intendat, ut fit in monopoliis, quæ sunt prohibita, eoque sensu inæqualitas rerum pro æqualitate habetur, ut probat Grotius *lib. 2. c. XI. n. 26.* Idem latius explicant Diocletianus & Maximianus

nus in *l.* 8. *C. de Rescind. vend.* ubi; *Si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam, & quod emptor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo, quod petierat, detrahente, emptore autem huic quod obtulerat, addente, ad certum consentiunt pretium, profecto prospiceres neque bonam fidem, quæ emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc, consensu initum contractum.*

2. Satis igitur, quomodo rem minoris emptam vendere liceat, idque *naturaliter*, id est, jure Gentium & consensu manifesto generis humani liquet; etiam è præsumpto partium consensu. Nisi quod huic rei & toti loco superius scripto gravius obstat, quod Ulpianus adfirmat, emptori & venditori naturaliter licere se invicem *circumvenire*, quod vocabulum ingreditur doli mali definitionem *l.* 1. §. 1. *d. dolo mal.* & excludit hypothesin consensus partium. Paulus hac parte prudentius, *in d. l.* 22. naturaliter ait licere, quod pluris sit minoris emere, verum sine τῷ circumvenire; quum heic Ulpianus *naturaliter* scribens in philosophiam juris impingere videtur. Ad hæc duo regeri possunt, Primum, quod circumveniendi verbum respondeat calliditati, ut est in *d. l.* 1. §. 1. & in *l.* 3. §. 5. *ff. de Hom. lib. exhib.* ubi, *non sine calliditate circumventus.* Item, *callide circumveniunt l.* 31. *d. Recept. qui arb.* Calliditas autem proprie significat versutiam ex usu rerum multo. Callidi sunt, quorum *animus*, ut Cicero notat *lib.* 3. *de Nat. Deor. concalluit*, quasi callum, ut *manus opere* contraxit. Donatus ad Terent. Adelph. *act.* 3. *sc.* 3. Callidum ait eum dici, *qui callum sibi, usu artus, induxerit.* Cui græcum πανουργία, quo Basilici in *d. l.* 1. §. 1. utuntur, exacte convenit. Est autem πανουργία, ut Stephanus interpretatur, dexteritas ad quidlibet veteratoriè agendum. Neque semper ad dolum malum refertur; *Callide & argute* dicere, non in vitio ponitur Oratoris, apud Ciceronem *lib.* 3. *de Orat.* Idem, *pro Cecina*, Æbutium vocat *peritum juris & callidum.* Huic interpretationi τῷ *circumvenire* bene convenit: quando quis sine mendacio & deceptione minus peritum & prudentem emptorem ad carius emendum inducit, eo modo, ut nec aliquid contra dictum & promissum fiat, nec reticeantur occulta rei vitia, quemadmodum Ulpianus idem ex Edicto Ædilium Curulium esse prohibitum testatur, non minus certe naturaliter quam civiliter in *l.* 1. *d. Ædil. Ed.* Præterea, quod secundum est, *licere* non significat heic, quod honestum & laudabile sit, verum quod impune fiat. Si quis autem sine mendaciis & reticentia adfectatâ, cupidum & imperitum emptorem hactenus inducat, ut is rem minoris pretii pluris emat, vel idem vitia non occulta contemnat aut non animadvertat, hæc res Jure Gentium impunita neque retractationi subjecta est, ut Grotius in *d. cap.* XI. *lib.* 2. docet, & usu rerum hominumque indubitatum est. Nec ideo captari oportet vocabulum, *licet*, quasi id honesti reputationem approbationemque inferat; cum nihil quam permitti vel tolerari & impune inquam fieri significet. Est *aliquid, quod non oporteat, tametsi licet*, ait Cicero, *pro Balbo.* Et noster idem Ulpianus, alio loco; Si vinum sit venditum, & dies ad metiendum sit præstitutus, nec intra diem emptor adsit, docet, *licere Venditori vel effundere vinum.* Mox autem; *Si tamen cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius.* Licere videmus quod non laudetur. Ita naturaliter

Bb 2 etiam,

etiam, hoc est, ex humani generis consensu, circumventio sine apertâ fraude in emendo vendendoque permissa est, ne cujusvis inæqualitatis obtentu commercia, quibus homines carere nequeunt, cotidie turbentur, ut in *d. l.* 8. *C. de Rescind. vend.* pluribus expositum vidimus. Ne tamen res abiret in infinitum, placuit, circumventionem ultra dimidium, sive alterum tantum, vel quod idem, ultra duplum, rescindi per beneficium Juris in *l.* 2. *C. de Rescind. vend.* Quo pertinet, quod etiam Canonici Juris Auctores emptionem venditionem negant esse rescindendam, nisi propter enormem læsionem. *C. cum dilecti* 3. *C. cum caussa* 6. *x. de Empt. vend.* Adde Leonardum Lessium *l.* 2. *de Just. & Jur. c.* 21. *dubit.* 4.

Paulus Lib. 1. Sentent.

Quod si minor sua sponte negotiis majoris intervenerit, restituendus erit: ne majori damnum accidat; quod si hoc facere recusaverit: tunc, si conventus fuerit negotiorum gestorum, adversus hanc actionem non restituitur, sed compellendus est sic ei cedere auxilium in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat: ut possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire. l. 24. *d. Minor.*

1. Quid sibi vult hæc ratio, *ne majori damnum accidat.* Ideone restituendus erit minor, quo nihil alienius est à restituendi causis, ut modo ad *l.* 3. §. 4. intelleximus. Quid verò & hoc est? *Quod si hoc facere recusaverit.* Nimirum restitui in integrum. Quasi verò minor se ipsum restituat, ac non potius à Prætore restituatur. Item, quasi Prætor restitutionem offerat minori, ac non potius minor eam postulare debeat à Prætore. Itaque vel unica hæc phrasis (Fabri verba sunt) hunc locum esse Triboniani, ut ineptum & absurdum, satis ostendit ut & cætera, quæ sequuntur Tanto magis, quod in libris sententiarum Pauli, unde hic locus sumptus dicitur, hæc sententia non reperitur. Ergo totus hic textus à Triboniano confictus: Cui bono Faber? quid ad novi juris rationem hic inflectitur; Cur Paulo adfingitur; Cur, si ut novum jus valere voluit, in Codice inter radiantia Cæsaris oracula, ut loqui solet Tribonianus, non fuit collocatum? Ut ad ultimum Fabri argumentum primo respondeam. Ipse fatetur, libros sententiarum Pauli, quos habemus, satis esse mancos & mutilos. Ergo quid inde colligas? Cum nec alia desint in Pandectis ex iisdem libris desumpta, quæ hodiè in iis non reperiuntur. Reliqua æquus lector haud ignarus quam concise Paulus imprimis loqui sit solitus, facile boni consulet. In præcedenti L. dixerat Paulus, minorem, qui mandatu alterius agit, non restitui *cum eo modo majori potius consuleretur, cujus damno res sit cessura, qui* sibi id imputare debeat. Nunc addit, si minor sine mandatu res alienas egerit, eum restitui, *ne majori damnum accidat,* sine sua culpâ quod ex præcedentibus ἀπὸ κοινοῦ supplendum. Id enim vere damnum est. Nam quod suâ culpa damnum quis patitur, non videtur esse damnum *l.* 203. *d. R. J.* Quod si minor restitutionem petere noluerit; domino cujus negotia gessit, tenetur ad cedendum ipsi beneficium restitutionis. Id intelligi per verba, *si hoc facere recusaverit,* quis non videt

videt esse compendio dictum? Ut calumnia sit Fabri, id non agnoscentis in Paulo; vel tales ineptias, quales inde colligit eruditissimo exprobrantis Triboniano, cui eruditissimi elogium, ipsos adscribere inimicos sæpe intelleximus. Si qui tamen inter priorem versum, *Quod si*, & posteriorem *Quod si*, putet à compositoribus aliquid esse transmissum compendii causa, non erit hoc crimen Eunomicum: Nec creditu id alienum neque rursus necessarium est.

Gaius Lib. IV. ad Edictum Provinciale.

Si talis interveniat juvenis, cui præstanda sit restitutio, ipso postulante, præstari debet, aut procuratoribus; qui vero generale mandatum de universis negotiis gerendis alleget, non debet audiri l. 25. §. 1. *d. Minor.*

1. Quidam juvenis in divisione hereditatis acceperat Nomina debitoris qui non erat solvendo, in amplius quam pro portione sua. Profectus erat in Indiam orientalem, & Procuratorem omnium bonorum domi reliquerat, cum clausula, ut mandatum istud generale serviret etiam in iis, quæ mandatum speciale requirerent. Hic procurator vi talis mandati, petebat in integrum restitutionem ex causa minoris ætatis adversus illam divisionem. Negata fuit restitutio à Suprema Frisiorum Curiâ, vi & ex litera hujus textus; quia mandatum speciale quod nec adesse poterat, deficiebat, ut retuli in *Prælect. ad tit. d. Restit. in int. n.* 5. *in fin.* Durum hoc non paucis visum & ex apicibus juris captatoriis. Pro defensione Juris scripti duo faciunt. Primo, per restitutionem in integrum rescindi acta jure valida, quod non facile concedendum. Unde prætor ubique summa utitur circumspectione; cujus pars est, ne quis prætextu mandati generalis omnia prius acta conturbet & rescindat. Præterea sciendum, posse remedium adhiberi per cautionem, dominum rem ratam habiturum, ut subjicit Paulus in *l.* 26. *in pr. h. t.* si de mandato speciali, inquit, dubitetur. Quæ dubitationis ratio an ad hunc casum produci potuisset, quia non fuit oblata illa cautio, non fuit examinatum in ea re.

Gajus Lib. IV. ad Edict. Provinc.

Adversus eos quoque restitutio præstanda est, quorum de dolo agere non permittitur: nisi quædam personæ speciali lege exceptæ sint. l. 27. §. *ult. d. Minor.*

1. Cujacius, Anton. Faber non contradicente Bachovio & Wissembachius in *Emblem.* ultima hujus hujus §. verba, *nisi quædam personæ speciali lege exceptæ sunt*, à Triboniano censent esse adjecta, nimirum ex *l. ult. C. Qui & advers. quos*, ubi excipiuntur parentes & Patroni, contra quos à liberis & libertis peti non potest restitutio in integrum; cum olim quidem actione de dolo conveniri non possent, in integrum tamen restitutio ex causa non famosa non negaretur. Non habemus quo ab hac emblematica observatione dissentiamus: Nec in eo ullum Triboniani peccatum agnoscimus, utpote conveniens cum instituto

Imperatoris & præcepto ipsi Constitutione sacra, quam in *princ. hujus operis* habuimus, injuncto.

Julianus Lib. XLV. Digest.

Si judex circumvento in venditione adolescenti jussit fundum restitui, eumque pretium emptori reddere, & hic nolit uti hac in integrum restitutione, pœnitentiâ actâ, exceptionem utilem adversus petentem pretium quasi ex causâ judicati, adolescens habere poterit; quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt; nec queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit, & quam mutare non potuisset, si minor auxilium Prætoris non implorasset. l. 41. d. Minor.

1. Minor in venditione prædii circumventum se putans, impetravit in integrum restitutionem, quæ in hoc consistit, ut prædium illi restituatur & ipse pretium reddat emptori. Hic igitur juxta sententiam ab ipso minore impetratam repetit ab eo pretium. Adolescens mutat consilium. Vult jam stare contractu. Beneficium sententiæ restitutoriæ contemnit. Potest, inquit Julianus, & emptor acquiescere debet. *Nec queri poterit venditor.* Emptor intelligendus sine dubio; an & lectio mutanda, quod fecit Autumnus, ut in re indubia, & faciendum monet Elbertus Leoninus *lib. 1. Emend. c. 18. n. 6. & 7.* ut legamus, *Nec queri poterit emptor?* Sensus id omnino flagitat. Alii tamen nec tantillum quidem in Digesto Florentino mutari volunt, & tuentur, etiam Glossa & Gotofredus, hunc locum, *argumento l. Veteres 19. D. Actionibus empti*, ubi, *Veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur.* Hæc verba Leoninus de temporibus antiquissimis, quibus venditio & permutatio non distinguebantur, & quibus emptor ac venditor eodem modo se habebant, intelligit; quod deinde mutatum sit, postquam æstimatione & usu pecuniæ, non merx utrumque, sed aliud merx, aliud pretium dici cœperit. Cujacius autem in *lib. 9. Observ. cap. 15.* Legem 20. *d. t. de Action. empt.* cum *l. præcedente* ita conjungit, ut emptionem pro conductione, Locationem pro venditione promiscue sumserint Veteres; at hoc parum liquido probat, nisi de publicanis, qui & emptores & conductores appellati fuerint, ratione speciali, nec admodum obscurâ. Sed in universum mihi simplicius & verius, [illegible] καὶ [illegible] videtur, *Legem Veteres*, secundum literam capiendam; quod emptio & Venditio promiscue sumptæ fuerint, ut idem contractus aut emptio, aut venditio, vel emptio-venditio conjunctim appellaretur, idque satis obvium est exemplis etiam recentioribus. Non æquè, ut emptor idem, qui venditor, appelletur. Has enim appellationes confundi recte negat Cujacius *lib. 12. Obs. c. 23.* Ne sit igitur religio, in hoc textu pro *Venditor*, ut legamus, *Emptor:* At hæc res ejusmodi est, ut eam per se, ad hujus instituti integritatem pertinere non credidissem. Nec enim de cunctis emendationibus heic agere consilium est; verum de his tantum, quæ ad Eunomiam aliquid adferunt momenti.

2. Aliud est, quod Autumnus reprehendit in hoc responso Juliani. Minor hic est

est vere circumventus, inquit; ita ipse cum suo Curatore sensit & Judex ita comperit. Hoc læsionis remedium nec ipse minor per se rejicere vel retractare potest, per *l.* 3. *C. de in integr. rest. minor.* nec Curator, cujus officium est, rem pupilli salvam esse curare, ut adeo si quid pereat, aut minuatur ex bonis adolescentis suum periculum faciat; cui sententiæ suffragantem laudat Constitutionem Juris Gallici de anno 1565. *art.* 102. Ad rationem autem Juliani, qui aliter sentit, quod unicuique liceat ea, quæ pro se introducta sunt, contemnere, respondet, id de majoribus annis xxv. se didicisse intelligendum ex *l.* 29. *C. de Pact.* nec enim minor beneficio ætatis suæ renunciare potest, ut bene probat ad hunc locum glossator *arg. l.* 19. *fin. pr. h. t. verbis, hoc enim ipso.* Ego ita Existimo, non sequi, Adolescens non potest renuntiare beneficio ætatis suæ; Ergo impetratum beneficium cum effectu exercere cogitur; non magis, quam pupillus eo quod nullitati contractus ab se ineundi renuntiare nequit, ideo commissa jam nullitate contractus uti cogitur, quod non esse ita, docet Justinianus in *pr. I. de Auctor. Tut.* Si favores nullitatem actus inferentes, acquiescentibus his, pro quibus introducti sunt, conticescant, ut in pupillis, in filiofamilias præterito, contra Testamentum Patris, idque refragante Juris subtilitate *l.* 17. *d. Injust. rupt. irr. f. test.* aliisque id genus casibus, quanto magis, actus ipso jure consistentes adhuc, volentibus his, qui possunt illos rescindere, si velint, & abstinentibus executione, consistent? Si tu ita cogites; Minor non potest jure sibi quæsito, contra læsionem compertam desistere, nec etiam Curator ejus, ut Autumnus instituit; cum id esset temere alienare & abjicere: fac iterum cogites, sæpe fieri, ut curæ secundæ sint meliores, & re peractâ, prudentius homines consulant. Minor & forte Curator ejus primo ita persuasi sunt; Prædium male venditum esse, Postea re melius explorata, secus arbitrantur; forte etiam usu venit deinceps, ut pecunia sit utilior minori, quam fundi possessio. Plane, quin justa causa fuerit à Juliano supposita, non est dubitandum: Quæ in favorem alicujus introducta sunt, hæc invitis non obtrudi, in universum satis indubitatum; Minores ab hoc communi jure non excludi consentaneum est. Id absque ejus incommodo & salvo Tutoris officio administrandum fuisse, non est quod Autumnus à Juliano, cui neminem prudentiâ sui temporis homines prætulerunt, non bene fuisse prospectum cuiquam persuadeat.

Ulpianus Lib. 2. de Officio Proconsulis & Legati.

Præses provinciæ minorem in integrum restituere potest, etiam contra suam vel decessoris sui sententiam: Quod enim appellatio interposita majoribus præstat, hoc beneficio ætatis consequuntur minores l. 42. *d. Minor.*

1. Pertinet ad locum communem commemoratum Viri Cl. Antonius Matthæi, cujus inscriptio est; *Capita quædam Juris non admodum inter se cohærentia, suprà ad l.* 3. *d. Jurisd.* Item ad locum *otiosarum ac inertium, & à proposito alienarum rationum,* de quo *ad l.* 2 §. 1. *d. Off. Proconf. & Leg.* Positio hujus loci est, quod Præses provinciæ contra suam vel decessoris sui sententiam restituere pos-

sit.

ſit. Ratio redditur; quia, quod appellatio majoribus, hoc reſtitutio præſtat minoribus; ad effectum ſcilicet reſcindendi ſententiam ſuam vel anteceſſoris ſui, in quâ vis poſitionis conſiſtit. Quid autem, an Præſes ſuam vel Anteceſſoris ſui ſententiam per appellationem reſcindere poteſt? Nihil minus, cum appellatio fiat ad ſuperiorem, nec ullo modo recurſus ad judicem à quo appellatum eſt, fieri poſſit *l. eos qui 6. C. de Appellat.* An potius hoc vult Juriſctus; quod reſtitutio ſit pro minoribus; appellatio pro majoribus, ut Accurſius movet, quaſi minores appellare nequeant? Ne hoc quidem, minor enim appellare non prohibetur: *l. 8. C. Quando provoc. nec. non eſt.* Verumtamen eſt, beneficium reſtitutionis longe melius eſſe minoribus quam appellationis. Sic igitur exaudiamus Ulpianum, opinor. Minor poteſt impetrare reſciſſionem ſententiæ apud idem tribunal; quod majoribus non eſt datum, hi enim appellare debent, non apud idem tribunal, ſed apud ſuperiorem, quando volunt reſcindere ſententiam contra ſe latam. Minoribus autem Reſtitutio, quæ fieri poteſt apud idem tribunal, idem multo commodius præſtat. Ita connexio hujus loci habet idoneum ſenſum.

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Emancipato filio & cæteris perſonis capitis minutio manifeſto accidit, cum emancipari nemo poſſit, niſi in imaginariam ſervilem cauſam deductus. l. 3. in med. de Capite minutis.

1. Vinnius ad §. 3. *Inſt. de Capit. diminut. n. 3. Verendum eſt*, inquit, *ne illa Pauli ratio*, ab imaginariâ ſervili cauſâ petita, *aliquid imaginarii habeat, certe adæquata non eſt. Nam primum conſtat, in adrogationibus nullas venditiones aut manumiſſiones interveniſſe, & tamen adrogati liberique eorum capite minui dicebantur, hoc ſolo, quod familiam mutarent* &c. Vinnius id agit, ut probet, cauſam, quur Emancipatio dicatur eſſe capitis diminutio, non eſſe accurate proditam à Paulo; Idque diverſis rationibus adſtruit: Quarum prima; quod ritus imaginarius male ad ſpecificam civilium rerum differentiam allegatur. Quâ de re ut bene judicetur, ſciendum, Capitis diminutionem, ut vox ipſa loquitur, eſſe mutationem *in deterius:* Theophilus ad *pr. Inſt. de Cap. dimin.* Πάθος κατάστασιν ἐλαττοῦν τοῦ πάσχοντος, *Paſſio ſtatum patientis minuens.* Atqui Emancipatio eſt augmentum ſtatus; nam qui alieno juri ſubjectus erat, fit ſui juris & ſuæ poteſtatis. Eſſe tamen illam capitis diminutionem in Jure manifeſtum eſt; Ratione firmat hoc Paulus, è ritu emancipationis legitimæ. Filius enim vendebatur & mancipabatur, & in dominium alterius, idque ter, redigebatur, antequam ſui juris fieret, quemadmodum à nobis expoſitum eſt in *lib. 1. Digreſſ. c. 4.* Erat quidem ſervitus imaginaria, hoc eſt, repræſentata per imaginem; ſed tamen ad formam rei neceſſaria, cui proinde nomen & differentiam addidit; quemadmodum hac ratione conſtat univerſum hujus tituli argumentum. Dicitur enim capitis diminutio eſſe cauſa reſtitutionis in integrum, vel maxime reſpectu emancipati. Quid ita? quia Emancipatus in ſervitutem redigebatur, atque ita vinculum obligationis ſolvebatur, quod aliter redintegrari non poterat, quam per Edictum Prætoris de in integrum

reſti-

restituendo. Quod tanti habitum fuit, ut obligationem perimeret Edictumque Prætoris eliceret, id utcunque imaginarium, facile ad formam capitis diminutioni præstandam sufficiebat. Tenendum autem, Imaginarium non esse, quod imaginamur animo esse, cum non sit, ut Vinnius id accipit, verum quod repræsentat rem, quasi per imaginem: Quo sensu acceptilatio dicitur *imaginaria* solutio; §. 1. *Inst. Quib. mod. toll. obl.* Ejusmodi imaginariis actibus antiqua Jurisprudentia Romanorum plena fuit, quorum in explicandis Artis terminis ratio non potest non haberi, de quibus actum à nobis in *d. cap.* 4. *lib.* 1. *Digress. part.* 1.

2. Quod attinet ad alterum Vinnii argumentum supra verbis ejus expositum, ad hoc facile responderi potest. Arrogatio est sane capitis diminutio, nec ullâ fit venditione; quid tum? An Paulus ait, non dari capitis diminutionem, nisi per imaginariam servilem causam? Minime, sed ubicumque status mutatio fit in deterius, ibi diminutionem capitis intelligimus, quod accidit in Arrogatione, per quam is qui sui Juris erat, alienæ potestati subjicitur. In emancipatione, de quâ solâ Paulus agit in hoc textu, nihil est, quod diminutionis argumentum præbeat, quam imaginaria servilis causa: Nec aliud in hoc textu traditur, & hoc facile sustinetur, atque simul intelligitur, quo Jure Vinnius Pauli rationem neget esse *adæquatam*, eo quod non omni capitis diminutioni conveniat; quod Paulo non fuisse propositum, quando soli emancipationi servilem causam applicat, res ipsa loquitur. Sunt adhuc aliæ rationes, quibus contra Paulum Vinnius utitur; Sed eas retulimus & refellimus in *d. lib.* 3. *Digress. cap.* 6. *n.* 4. & 5. quæ huc transcribere necesse non est. Satis dictum, quod ad expositionem & defensionem Pauli requiratur.

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his, quæ in jure alieno positis personis deferuntur. Igitur testamento dati, vel ex Lege, vel ex SenatusConsulto erunt nihilominus Tutores. Sed legitimæ Tutelæ ex XII. *tabulis intervertuntur, eâdem ratione, qua & hereditates exinde legitimæ, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse, familia mutati l. 7. in pr. d. Cap. Minut.*

1. Etsi quaslibet exquisitæ Artis aut textuum difficultates ad hoc institutum non pertinere, sæpe diximus; si quæ tamen Artem vel ejus conditores iniquitatis vel absurditatis crimine involvant, hæ præteriri vel dissimulari non possunt. Hujus generis est hic Pauli locus, qui cum in *l.* 5. §. *ult.* docuisset, per minimam capitis diminutionem, publica jura non interverti, manere Magistratum, Senatorem, judicem & cætera officia publica, quod additur ex Ulpiano in *l.* 6. pergit Legislator in hac *l.* 7. ex eodem Paulo docere, Tutelam quoque non amitti per capitis diminutionem, sive ut aliquanto elegantius ait ipse Paulus, capitis diminutionem *non amittere Tutelas*, cum hæ sint etiam publica munera *l.* 9. *d. His qui sui vel al. jur.* Cum autem capitis diminutionis minimæ, sint duæ species, Emancipatio & Adoptio, usus regulæ in hisce consistat oportet. Emancipatio contingit his, qui in alieno jure positi sunt; Adoptionis una species etiam; Altera, quæ est arrogatio,

personis sui juris accidit. Proinde qui arrogatur, ille non desinit esse Tutor, nisi quod Legitima Tutela, si hac fungitur filiusfam. Jure Veteri & tempore Pauli perribat; quia cum hæc solis agnatis proximis conveniret, per arrogationem Tutor agnatus esse desinebat iis, quibus antea fuerat; eaque omnia satis analogicè ad hunc textum congruunt. Relinquitur usus regulæ in personis alieno juri subjectis, qui Tutelâ non Legitima funguntur; nam Legitima vix est ut talibus deferri queat, cum proximi agnati esse nequeant, patre semper eos præcedente. Sed Paulus ait, personas in alieno jure positas, quibus Tutela deferatur, excipi ab hac regulâ, quæ dictat, minimam capitis diminutionem amittere Tutelas. Quod ita comparatum est, ut contradictionem involvat; `ponere certam Regulam, & subjicere exceptionem, quæ usum regulæ continet ac absolvit.

2. Non defuerunt undique decora ingenia, quæ huic absurditati succurrere atque mederi conata sunt. Princeps disciplinæ recentioris & humanioris Jurisprudentiæ Cujacius in *not. ad tit.* XI. *Ulpiani*, *Equidem scio*, inquit, *Tribonianum cum multa in libris veterum prudentum notis perscripta essent, auctore Justiniano in l.2. C. de Vet. jur. enucl.* in eis *explicandis cadere frequenter & labi.* Censet igitur scriptum fuisse in Pauli commentario libro XI. ad Edictum, ita, *Tutelas etiam non amittit capitis diminutio, exceptis, quæ I. A. P. P. deferuntur*, id est, ex mente Pauli, *quæ Jure agnationis proximis potissimum* deferuntur; ut nempe legitimæ agnatorum Tutelæ, secundum ea quæ modo dicta sunt, exciperentur. Sed Tribonianum has initiales literas ita explicuisse putat, ut scriptum est *suprà*, quæ in *Jure alieno personis positis* deferuntur. Quâ hypothesi debuit etiam Tribonianus addidisse particulam *in*, vel Cujacius geminare literam I. Sed hæc conjectura Cujacii, Censuræ gravamen auget; siquidem eo modo Tribonianus conditor Juris nostri exhibetur, ut ignorans pueriliter Jus, in quo versatur, ut sibi ipsi contradicens in iisdem terminis, quod de homine sui temporis doctissimo, ut inimici elogium id ipsi reliquerunt, & de Antecessoribus, diligentissimis Viris, quorum operâ, ipse moderator, usus est, velim Censores, ne postulent, ut præsumendum sit. Si erratum sit aliquando in notis veterum divinandis, factum id existimemus ejusmodi opinionis errore, qui hominibus eruditis & gravibus haud omnino indignus sit; qualem hunc futurum fuisse nemo dixerit: Ergo Cujacii conjecturam admittere, parum abest, quin religio sit.

3. Aliis igitur visum est ita; In loco Pauli verba, *exceptis his*, παρέλκειν, superflua esse, & ab imperito Lectore ad oram libri notata, dein à descriptore in textum esse relata. Ablatis illis sensum esse justissimum; Tutelas non amittit capitis diminutio, *quæ in jure alieno positis personis deferuntur.* Cujacius in *lib.* 9. *Observ. c.* 17. Judæum hujus emendationis auctorem prodit, à quo ipse insimulatus audaciæ ob istam conjecturam, vicissim hunc arguit inscitiæ; quod τῷ *exceptis* sublato, regulam generalem Paulo adscripserit, quæ non sit generalis. Nam personis etiam sui juris tutelæ deferuntur; quid his fiet, si adoptentur? cur de his nihil Paulus? Posset hujus auctor conjecturæ dicere, Paulum, regulam generalem inductione præcipui usus declarasse, qui maxime in personis alieno juri subjectis consistit. At tamen incommodum manet, quod una enuntiatione, regula generalis desinit in particularem: quâ re *nihil agitur*, ait *ibidem* Cujacius. Bachovius

vius tamen, *non posse locum aliter sanari, nisi verbu bis expunctis*, EXCEPTIS HIS, scribit in *not. ad Wesemb. h. t. n.* 3. idque pressius *comm.* ad *τὸ πρῶτον h. t.* repetit: neque tamen illud incongruum à Cujacio notatum aliter exemit idem Bachovius.

4. Antonius Augustinus, Goveanus aliique plures sequuti sunt editionem Haloandrinam, quæ particulam NON ante verbum *deferuntur*, inseruit, hoc sensu, Capitis diminutio non amittit Tutelas, exceptis his, quæ non deferuntur hominibus alieni Juris, id est, Legitimis Tutelis, ad quas filiosfamiliarum admitti non posse diximus antea. Goveanus in *lib.* 2. *var. lect. c.* 12. Lectionem illam cum *τῷ non ante τὸ deferuntur*, ut vulgatam, non ut emendationem refert, sequitur & explicat; sed Antonius Augustinus eandem probans, non dissimulat, aliter apud Florentiam legi 1. *emend.* 2. Nos in hac editione vel correctione pariter acquiescimus, quia nihil habemus quod sit potius, & quo textum, ut suprà scriptus est è Libro Florentino, aliter commodè explicemus. Nisi quis id approbare possit, quod olim mihi proposuit Juvenis doctissimus, nunc in amplissimâ dignitate constitutus, *τὸ exceptis* accipere licere, pro *comprehensis*, quemadmodum in emptione venditione, quæ specialiter comprehensa sunt, excipi dicuntur, cujusmodi loca Brissonius habet affatim in *Excipere*. Quæ dein etiam opinio placuit Viro Cl. & doctissimo. Bene est in hac responsione, quod textui Florentino parcit, cujus rei præcipua nobis religio est ac esse debet. Sed in omnibus illis locis, ubi excipere, pro comprehendere ponitur, ipsa negotii natura suppeditat aliquid generale, de quo id quod *excipi* dicitur, ut speciale, segregatur, quo ita *τὸ excipere* propriam significationem retineat; Exempli gratia: *Si ne prostituatur, exceptum est l. 6. d. serv. export.* ubi exceptum, est, diserte expressum & comprehensum. Sed tu sic reputa; Emptio-venditio transfert liberum in emptorem arbitrium de re vendita pro lubitu, seu bene seu male disponendi. Ergo & prostituere potest ancillam emptam, quod nec olim erat illicitum; Nisi pacto exceptum, id est, nisi restricta fuisset infinita potestas dominii contractu emptionis acquisiti; Sic etiam fere in reliquis se res habet; Ejusmodi aliquid in hoc loco similiter imaginari vellem, sed nihil reperio. Proinde non video nos heic posse carere salutari Criticorum particula NON, quod etiam placet Antonio Fabro in *Rational. ad. h. t.*

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Ex novis autem Legibus & hereditates & Tutelæ plerumque sic deferuntur, ut personæ naturaliter designentur; ut ecce, deferunt hereditatem SCta matri & filio l. 7. in pr. vers. ex noxis d. Cap. Min.

1. Hotomannus *lib.* 3. *Observ. c.* 9. ponit hunc locum inter ea, quæ *Tribonianus male ubique de nostris*, ait, *ingeniis meritus, nobis in cruciatum posuit.* Satis enim constat, ætate Pauli & toto Pandectis æquali tempore, nullas fuisse Tutelas, quæ personis naturaliter designatis, hoc est, jure cognationis, deferebantur, sed ad agnatos proximos unice pertinebant, quorum non est naturalis, verum

rum civilis conjunctio & designatio, §. 1. *Inst. de Legit. agn. Tut.* Natura enim inter marium & femineam ac emancipatorum propinquitatem nullum posuit discrimen *l. 4. C. de Natur. lib.* Sed hereditates verum est, novis Legibus & SenatusConsultis secundum naturæ ductum magis fuisse delatas, ut in SCtis Orphitiano & Tertulliano, quæ de matris liberorumque mutuis successionibus egere, factum, postquam res jam pridem Jure Prætorio in usum fori Romani transierat. At de Tutelis cognatione naturali æstimandis istæ aliæve Leges aut SenatusConsulta nihil constituere. Sed hoc recentiori jure demum, in Codice inchoatum, in Novellis absolutum est. Nam Anastasius quemadmodum emancipatum ad legitimam fratris hereditatem admittebat, eodem modo eundem ad Legitimam Tutelam vocavit *l. pen. C. de Curat. fur.* Justinianus autem generaliter constituit, ut quoscunque jure cognationis ad Legitimas successiones admiserat, iidem ad Tutelas Legitimas vocarentur. *l. ult. §. pen. C. de Legit. hered.* Ergo ita statuendum videtur, à Triboniano esse hæc verba, *& Tutelæ*; quæ à mente Pauli aliena, pro sui temporis usu miscuit ipsius orationi, ut Hotomanno & Wissembachio nostro in *emblem. ad h. l.* concedendum videtur; etiam hoc, quod hujusmodi injectiones obiter ita ϗ̀ ἀπαρέργως, sub nomine Veterum factæ, pariunt obscuritatem & melius abessent.

Ulpianus Lib. VII. ad Edict.

Verba Edicti talia sunt &c. *Item si qua alia mihi justa causa esse videtur. l. 1. in fin. Ex quib. caus. maj.*

1. Enumeratio causarum & specierum, propter quas Restitutio competit, obsignatur clausula generali ut ob aliam quamlibet justam causam fieri possit. Contra quam extensionem specierum prolixe differit Antonius Faber inter rationes quidem dubitandi, sed ita, ut propius absit à censura, quam & usus Fori approbare videtur, dum pleræque lites super Restitutionibus in integrum, hujus clausulæ prætextu, quasi hæc esset omnium malarum causarum panacæa, moventur & instituuntur. Hoc ipso enim, quod permittitur *ad hanc clausulam descendere, quoties æquitas restitutionem suggerit*, ut docet Ulpianus in *l. 26. §. 8. h. t.* porta videtur aperiri litibus non tam movendis, quam renovandis quæ jure finitæ, dum quisque sibi æquitatem arbitratu suo fingit: Aut si rem hanc à judicis arbitrio pendere statuas, ne hoc quidem satis expedit, laxare frena judicum arbitramentis; Estque boni Legislatoris officium potius agere, ut quamminimum licentiæ interpretationis & extensionis indulgeatur. Idque in hac parte prætoris Edicti experientia non modo forensis hodierna tam Judicum, quam Advocatorum respectu sed etiam Juris Interpretum demonstrat. Dum exempli gratiâ Doctores vulgò majores annis xxv. in integrum restitui volunt, ex capite justæ ignorantiæ adversus præscriptionem decem viginti & triginta annorum, propter hanc generalem clausulam, Pudendus error inquit D. Wissembachius *ad h. t. th.* 5. ut pluribus etiam probat Faber ad *h. l.* addens: *Hæc omnia Doctorum somnia, & alia si qua sint ejusmodi, non aliunde quam ex hac Edicti clausula proficiscun-*

ficiscuntur, quæ adeò generalis est, ut facile quamlibet interpretationem possit admittere. Culpandus igitur magis quam laudandus Prætor, quod subjecerit hanc clausulam generalem scilicet. Respondetur, Id esse vitium, quod reprehenditur, non Edicti, sed hominum, qui Edicti verbis contra mentem Prætoris abutuntur. Vana in opiniones versari solent, ait Livius. Nec cujusquam Prudentia Legislatoris omnes casus tam præcise determinare potest, ut non aliquid judicantium arbitrio relinquendum sit. Imo si Prætor abrupte conclusisset, nullas omnino causarum species præter illas sex in *l.* 1. *&* 2. *d. Rest. in int.* enumeratas esse admittendas, graviorem posteritatis censuram haud dubie incurrisset. Quemadmodum Justinianus in *Nov.* 115. non evitavit, quin absurditatis & iniquitatis insimuletur, quod exheredationis causas certo numero tam peremptorie incluserit, ut nemini ullas unquam alias ingratitudinis species allegare liceat. Quod esse rationis usum Posteritati præcludere censent multi, adeoque invito, ut videtur, Justiniano, similes vel graviores causas esse admittendas arbitrantur.

Ulpianus Lib. XII. ad Edict.

Sed quod simpliciter prætor edixit, posteave, *ita accipiendum est: ut, si inchoata sit bonæ fidei possessoris detentatio ante absentiam, finita autem reverso, restitutionis auxilium locum habeat non quandoque, sed ita demum, si intra modicum tempus, quam rediit, hoc contigit: id est, dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quærit advocatum: nam eum, qui differt restitutionem, non esse audiendum Neratius scribit. l.* 15. §. 3. *Ex quib. caus. maj.*

1. Citat Ulpianus ex Edicto prætoris, quod extat in *l.* 1. *h. t.* verbum *posteave*, quod tamen ibi non reperitur ἐν κῷ, ut ipsum dicere solitum esse Ulpianum accepimus ab Athenæo. Ergo supplendum est ut rectè A. Faber observat, legendumque in *d. l.* 1. §. 1. *Hostiumque potestate esset, posteave* quod satius est, quam aliud imaginari Edictum Prætoris hujus Rubricæ, ut Johannes, Bulgarus & Accursius voluerunt. Sed & sequentem versiculum, *si inchoata sit bonæ fidei possessoris detentatio.* Faber ait esse corruptum à Triboniano, qui non animadverterit, in sequentibus, *finita autem reverso* agi de usucapione; quod manum & inscitiam Triboniani omnino prodit *ait: solet enim ille plerumque veterum scripta sic emendare ut tamen non observet, an emendationi convenire possint ea quæ præcedunt aut sequuntur.* Quis ferre potest talem censuræ insolentiam? Compositores nobilissimi operis, quod in orbe terrarum post literas sacras extat, tanti arguere stuporis, ut textus bene sitos & perspicuos verbis à proposito alienis sensuque carentibus deformaverint, nec an ad rem faceret, quod infarciebant brevissima periodo nullaque difficultate implicita, animadverterint. Qualis autem hæc emendatio, ut pro *usucapio* emendaverint, *detentatio*? Hoccene Juris Interpretes agere, ut Artis suæ conditoribus nihil stultius, nihil infantius esse potuisse demonstrent? Quid erat æquius, si *detentatio* irrepserit, quam librariis errorem adscribere? Quod sane, si error sit, intelligi oportet. Etsi nec hoc forte necessarium dictu sit. Detentationem dixit idem Ulpianus pro detentione in

l. 5. pr. d. Impensis in res dot. fact. sive possessione, quæ nihil est aliud quam detentio, & cum possessio facti sit facti naturam melius exprimit *detentatio*. Cum autem hic de usucapione agi manifestum sit eaque sæpius omni hoc Tit. nominata fuerit, non est absurdum, Ulpiano placuisse possessionis vel detentationis vocabulum; quod nemo respectu usucapionis esse positum dubitare posset. Miror illum etiam arguere, vocem Quandoque pro *quandocunque* positam, ut vitiose. Postremo vocabulum *restitutionis* in *fine* §. abundare & esse imperiti Interpretis existimat, eo quod hic non agatur de eo qui neglexit petere restitutionem. Sed de eo qui neglexit agere, antequam usucapio impleretur, ut ne restitutionis indigeret, idque probat ex *l. sequ.* ubi continuatur id quod in hoc §. tractatur, in verbis, *Ita demum restituatur, si non negligentia sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.* Ego non nego, verbum *postea in* Edicto Prætoris, ad modicum tempus restringi, quo reversus adhuc agere potuerit, idque docet *lex* 16. Sed interpretatio modici temporis æque locum habet, si restitutionem petere neglexit, eamque esse quæstionem *hujus* §. *ult.* diserte traditur in verbis; *Ut si inchoata sit bonæ fidei possessoris detentatio ante absentiam, finita autem, reverso, Restitutionis auxilium locum habeat.* Quæ verba non de actione absenti & reverso adhuc competente sed de usucapione absoluta, quo casu Restitutione opus est, perspicue loquuutur. Reliqua, de quibus prolixè Faber, ab Eunomicis aliena sunt.

Ulpianus Lib. x i i. ad Edict.

Julianus libro quarto scribit, non solum adversus possessorem hereditatis succurrendum militi, verum adversus eos quoque, qui à possessore emerunt: ut vindicari res possint, si miles hereditatem adgnoverit. Quod si non adgnoverit, ex post facto usucapionem processisse manifestatur. l. 17. Ex quib. caus. maj.

1. Perplexe & molestè adversus hanc legem disputat Ant. Faber, & in diversum acutè Bachovius ad *h. tit. c. 5. n. 3.* in quibus recensentendis parco Lectori, & ne dolo dicam mihi. *Forsitan* hic usu veniet, Aristotelis illud ἀμαθέστερον σαφέστερον quod indoctius, id clarius & melius. Accursiana nobis sufficiunt. Miles heres institutus agnovit hereditatem, cujus aliquas res possidet Titius bonâ fide. Hic illas res usucapit Prò herede, eo sensu quo plerique usucapionem pro herede acceperunt in *l. pen. pro Her.* aut alius qui emit à Titio Emptore. Miles impleta usucapione reversus impetrat beneficium restitutionis in integrum, tam contra Titium, quam adversus Tertium, easque vindicat ab ipsis qui est scopus restitutionis. Quod autem Faber lectionem vult mutari ut ita legamus, *vindicare res possit*, tanti non est cum idem sit sensus, ut manus idcirco Ulpiano inferamus, nec etiam ut tollamus sequentia *si miles hereditatem agnoverit*. Etsi enim abesse queant, si tamen id genus omnia tollenda forent, non esset finis urendi ac secandi. Sed ultima verba; Quod si non agnoverit *ex post facto usucapionem processisse manifestatur*, mihi quoque suspecta sunt, etsi minus Bachovio; cum quod stylus. *Usucapionem processisse manifestatur* minus sapiat Ulpianum, tum quod usucapio illa quæ procedat,

dat, nihil ad militem eo casu, quo non agnovit hereditatem & ad quæstionem propositam attinet. Hoc igitur versu sepolito argumentum Fabri sustinere posse videmur. Possessor hereditatis, inquit, aut habet titulum aliquem vel nullum. Si habet titulum non tenetur hereditatis petitione *l. 9. d. Petit. hered.* Si nullum, usucapere non potest. Resp. Habet titulum pro herede, sensu illo quem diximus, in *Prælect. ad tit. pro Her.* Possessor hereditatis igitur, hic est, qui certas res bona fide pro Herede possidet. Nam cum ad universam Hereditatem usucapio, quæ singularum rerum est, non pertineat: quo præsumpto labitur aliud Fabri argumentum, quod jus adeundi hereditatem sit perpetuum *l. 9. cum l præced. C. de Jur. delib.* Atque hæc est prima Accursii species; Altera, quam Faber sibi adscribit, ab Accursio suppeditata sic est; Miles sub conditione certo tempore implenda heres institutus, & reversus post illud tempus, eget beneficio restitutionis contra lapsum temporis ut sibi adire liceat, adversus possessorem universæ hereditatis, etsi hic usucapionis termini habiles non adsint, quod nec ad restitutionem militi dandam, quæ locum habet in omni præjudicio ipsi per absentiam Reipubl. causa facto, necessarium est. Sed quomodo in hac specie miles adversus eos, qui à possessore hereditatis emerunt, restituatur, difficilius est explicatu quam in priori specie; quoniam Emptores habent regressum adversus possessorem hereditatis à quo res emerunt. Possessor autem si bonæ fidei sit, non tenetur de rebus à se venditis, nisi ad pretium restituendum, quatenus inde locupletior est factus *l. 25. §. 17. d. Hered. pet.* Hanc difficultatem majori subtilitate quam soliditate veri tollit Anton. Faber, cujus rationes acerbe refellit Bachovius ad *h. t. c. 5. n. 2.* qui præfert utramque Accursii responsionem; quod vel malæ fidei possessor hereditatis fuerit, vel ejusmodi casus sit ponendus, quo Emptor adversus venditorem, qui hereditatem possedit, non habuerit regressum evictionis nomine, quod fieri posse docet eadem *lex 25. §. 17.* & diximus in *Prælect. ad Tit. de Evict.* Hæc difficultas ut dixi, in priore casu & ejus applicatione ad *h. L.* cessat.

Papinianus Lib. III. Quæstion.

Denique, si emptor, prius quam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet, interruptam possessionem postlim.nio non restitui, quia hæc sine possessione non constitit. Possessio autem, plurimum facti habet; causa vero facti non continetur postliminio l. 19. Ex quib. caus. maj.

1. Dissentit à Papiniano eique dicam scribit Autumnus his rationibus. I. Animo retinetur possessio §. *possidere 5. Inst. de Interd.* Quem utique captus ab hostibus habere & retinere potest. Responde pro Papiniano; Animum sufficere, ad retinendam possessionem, ubi jus saltem possessionis exsistit & remanet. Sed captus ab hoste fit servus §. *si servus 5. Inst. Quib. mod. P. P. solv.* qui cum ipse possideatur & in dominio sit, nihil possidere, vel in dominio habere potest *l. 118. d. Reg. Jur.* Ideoque animus non sufficit ubi desunt termini habiles Possessionis. Instat ille, Furiosos retinere possessionem nemo dubitat, qui prorsus animo carent. Sed hi jus ipsum retinent actu primo, etsi non actu secundo & exercito; Servis autem ne id

ne id quidem adscribi potest. Rursus ille; Servus ejus qui captus est ab hoste potest acquirere & retinere domino possessionem rei à se emptæ *l. si is qui* 15. *d. Usucap.* Quomodo igitur quod servus est, obstare potest domino, quod non obstat ejus servo? Hoc quidem subtilius videtur. Enimvero per servum non potest ab hoste captus retinere possessionem, quam prius habuerat *d. l.* 15. Sed hoc verum est; si servus ejus qui in hostium potestate est, emerit ex causâ peculiari, in pendenti esse usucapionem; cum hoc effectu, ut si dominus reversus fuerit, usucaptum intelligatur. *d. l.* 15. *l.* 23. §. 3. *in pr. h. t.* Valet igitur postliminium in possessione, quam servus ejus qui servus hostium est, acquisivit; non valet in eo, quod ipse per se vel per servum suum possedit. Hæc quomodo cohærent? Nonne satius est, cum Autumno statuere, postliminium indistinctè locum habere, si dominus ab hoste reversus sit, ut possessio & usucapio continuata videatur? in quâ sententiâ Marcellum esse, dum fictionem postliminii plenius accipiendam esse docet in *d. l.* 15. opinatur Autumnus. Sed non est recedendum à Papiniani in *h. l.* & Juliani in *d. l.* 15. sententiâ, cessare postliminium in his quæ facti sunt, qualis est possessio. Proinde cum is qui captus est ab hoste, jam ipse possideatur & possidere desinat, id quod per se vel animo suo per corpus alienum servi aut coloni possidebat, non potest ibi fictio postliminii contra veritatem facti habere locum. Alia est ratio ejus quod servus ex causâ peculiari comparavit; hoc enim suo nomine traditum accepit, & cum dominum facto jam non habeat, possessionem quæ facti est, per se inchoare potest, ac ita spem postliminii fundare suo domino. De Marcelli sententia vide sis glossam in *d. l.* 15. At de moribus hodiernis, concedimus Autumno & Groenewegio, cum ab hostibus capti non fiant amplius servi, non esse quod de continuatione possessionis hac parte dubitemus. Cæterum, quid est, quod in hac *l.* 19. Papinianus ait, *Placet, interruptam possessionem postliminio non restitui, quia hæc sine possessione non constitit?* Autumnus pro *hæc*, edidit, *hoc*; ut non ad possessionem sed ad negotium quod possessione perpetratur, usucapionis, se referat ultimus versus. Petrus Faber 2. *semestr.* 25. non dubitat, quin descriptoris Florentini exemplaris, calamus aberraverit, ut ob vicinum *possessionis* vocabulum, pro *usucapionem* posuerit possessionem. Quod ut Papiniano dignius, cum de sensu nihil ambigatur, magis etiam placet. Similis error & emendandi necessitas est in *l.* 31. *h. t.* Abesse Reipubl. causâ intelligitur & is, qui ab urbe profectus est, licet nondum provinciâ excesserit; Lege *provinciam accesserit*, etsi hanc quoque lectionis mutationem nonnulli eludant. Sed vide Cujacium 12. *observ.* 33.

Ulpianus Lib. VI. ad L. Jul. & Pap.

Si cui in provincia suâ Princeps adsidere speciali beneficio permiserit, puto eum Reipubl. causâ abesse: Quod si non ex permissu hoc fecerit, consequenter dicemus, cum crimen admisit, non habere eum privilegia eorum, qui Reipubl. causâ absunt. l. 38. *d. t. Ex quib. maj.*

1. Non immerito Groenewegius hujus loci sententiam ab usu rectoque sensu alienam

alienam censere videtur; quod Reipublicæ causâ abesse dicitur is, qui in patriâ suâ, Præsidis Adsessor à Principe constitutus est, cum nemo in eadem provincia pro absente haberi possit, ut de usucapione proditum est in *l. ult. C. de Præscript. long. tem.* Qui extra patriam Reipubl. causâ profectus est, Abesse dicitur *l.* 35. §. *Qui Reipubl.* 7. *h. t.* Et Magistratus, qui Romæ dant operam Reipubl. non absunt Reipubl. causâ *l.* 15. *&* *l.* 16. *h. t.* Ad primam objectionem; resp. Adsessor est in functione muneris publici cujus occupatio facit, ut pro absente in ejusdem quoque provinciæ distantibus locis haberi possit. Hæc ratio non est in privato, cujus res usucapitur. Ad II. Qui extra patriam profectus est, pro absente sine dubio habetur; Inde tamen non sequitur, intra patriam id nullo modo fieri posse, fallaci à contrario sensu argumento. Ad III. Non eadem ratio est Urbis, quæ Provinciæ latè patentis. Denique, Adsessor, in metropoli adjunctus Præsidi, ut illic adsiduo commoretur, aliquando procul à domicilio suo, non potest non merito pro absente Reipubl. causâ haberi. Nam si ex eâdem metropoli sit oriundus, non magis abesse videbitur, quam magistratus in urbe Româ pro absentibus Reipubl. causâ habentur *d. l.* 15. §. 1. *&* *l.* 16. *h. t.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Hæc actio non est pœnalis, sed rei persecutionem arbitrio judicis continet; quare & heredi dabitur. In heredem autem l. 4. §. *ult. d. Alienat. jud. mut. c. f.*

Paulus Lib. XI. ad Edict.

Vel similem l. 5. *eod.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Vel post annum, non dabitur l. 6. *eod.*

Gajus Lib. IV. ad Edict. Provinc.

Quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari l. 7. *eod.*

1. Poterat Censuræ notam mereri ineptia connexionum in his locis & artificii μικρολογία; Nisi quis repetere velit memoriâ, quod ab initio notavimus; Auctorum nomina, quæ hic faciunt deformitatem, judicio Lectoris auferenda esse, cum Cæsar omnem fecerit suum contextum, eoque facto nihil erit deformitatis. Sed est aliud argumentum Censuræ, in eo consistens; quod hæc actio, quæ datur ex facto alienandi rem in fraudem alterius, qui jus suum in eam rem persecu-

turus sit, quo durior adversarius ipsi objiciatur, heredi quidem ejus, in cujus invidiam facta est alienatio, detur; in heredem autem alienantis vel similem; ut est bonorum possessor vel fideicommissarius, non detur, eo quod ex delicto esse videatur. Atqui longe alia videtur esse ratio philosophiæ Civilis; quæ vult heredem teneri ex omnibus rei persecutoriis actionibus, etsi è delicto sint; non teneri de pœnalibus, etsi è contractu fuerint: eo quod heres defunctum repræsentat *in bonis*, ad quæ pertinent rei persecutoriæ actiones; non ita in *meritis*, quæ personalia sunt, quo pœnæ spectant. Ita Grotius in *lib. 2. de J. B. & P. cap. 21. n. 19.* Hinc *evincitur*, ait Vinnius, *si quæ sint ex maleficio actiones non pœnæ, sed rei persecutoriæ actiones, eas in heredem dari: Si qua sit pœnalis è contractu, illam in heredes non competere.* Comment. *ad tit. Inst. de Perpet. & temp. act.* §. 1. *n.* 2. & 3.

2. At hic loci Juris Auctores aliter tradunt; aliquas actiones rei persecutorias in heredem non dari, quia sunt ex delicto; ratione non petitâ à materiâ sed à principio actionis. Quod Impp. Diocletianus & Maximianus ajunt esse Juris absolutissimi, heredem ejus qui deliquit in id tantum, quod ad eum pervenit, teneri, nisi litis contestatio facta sit, per quam actio transit in heredes in solidum, jure tralatitio *l. un. C. Ex delict. defunct.* quale est etiam, quod turpia lucra sint heredibus extorquenda, *l. 5. in pr. d. Calumniator.* Sed extra casum litis contestatæ & lucri apud heredes manentis, hæc est sententia Juris Romani, heredes è defunctorum delictis nullo modo teneri *d. l. un.* Idque tot exemplis, quot è delictis actiones non pœnales sunt, adfirmatur. Primo, hujus actionis, quæ datur in locis suprà scriptis. Dein Interdictum Unde vi est Actio rei persecutoria *l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* Sed, quia datur ob factum atrox *l. 1. §. 3. eod.* non datur in heredem qua talem sed ut possessorem lucri ad se non pertinentis, ita ut quilibet extraneus possessor hac causa tenetur *l. 3. §. ult. l. 9. pr. eod.* Ejusdem generis est, actio, quæ datur adversus eum, qui dolo malo impedit aliquem judicio sisti, & est æquè in id quod interest tantum; quia tamen ex delicto competit, adversus heredem, hactenus saltem datur, ut ex dolo defuncti heres nihil lucretur *l. 1. §. ult. D. eo per quem fact.* Talis est actio de dolo *l. 26. d. dolo malo.* Actio quæ datur adversus mensorem, qui falsum modum dixit *l. 3. Si mens. fals. mod.* Quæ datur in falsum Tutorem *l. 9. §. 1. Quod fals. Tut.* Qui merces peculiares dolo malo distribuit *l. 7. §. ult. d. Tribut. act.* In eum qui vim fecit in possessionem misso, *l. 1. §. ult. Ne vis fiat ei, qui in poss. miss.* Adversus eum qui in jus vocatum vi exemit *l. pen. §. 1. Ne quis eum qui in jus voc.* Denique, talis est Actio rerum amotarum *l. ult. C. de Act. rer. amot.* & si quæ sint similes, de quibus uno ore Juris auctores prædicant, eas utcunque rei persecutorias, in heredes non dari, quia sunt ex delicto, explentes regulam Juris absolutissimam, quæ traditur & inculcatur in *d. l. un.*

3. Hæc sententia Juris Romani, non spectandum esse τὸ pœnale vel rei persecutorium, sed originem ex delicto, quod in heredem non transeat, multis adversa rationi, scilicet ei, quam diximus, esse videtur. Ideoque licet tot locis evidentissime testata, luce clarius extat, non desunt, qui τὸ διὸν putantes incongruum, negant etiam τὸ ὅτι, diversamque Juris nostri sententiam esse contendunt; pro quibus enixe disputat Vinnius in *d. loco.* Hoc primo examinandum, dein rationi philosophiæ civilis objectæ satisfaciendum. Juris hanc esse mentem Romani, Actio-

nes

nes pœnales non dari in heredem, Rei persecutorias semper dari, undecunque ortas, tenent illi, primo ex §. *Non autem* 1. *Inst. de Perpet. & temp. act.* ubi certissima juris regula esse dicitur, *ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere*, unde ex opposito sensu colligunt, ex maleficio rei persecutorias actiones in heredem dari, *quoniam contrariorum contraria sunt consequentia*. Scribit Vinnius ad *d.* §. 1. *n.* 2. Sed hoc à contrario sensu argumentum esse fallax infinitis instantiis constat, quia facile & plerumque fit, ut oppositio non sit τῆ ἀκριβῆς, ut heic sane talis non apparet. Regula Justiniani non habet aliam mentem, quam Cæsarum, absolutissimè ab illis dicta in *d. l. un. C. Ex del. defunct.* Ex delictis actiones in heredes non dari, nisi quatenus hi sunt locupletiores. In hanc Justiniani positionem incidit vox *pœnales*, non ut διορισμὸν faciat, verum quia generaliter, Actiones è delictis sunt pœnales; ideo qualitas illa expressa est, exceptionibus usui locoque suo relictis. Quæ generalis qualitas actionum è delicto, facit, ut regula sæpe ita concipiatur; Pœnales actiones in heredes non dantur. *l.* 1. *d. Privat. del. l.* 111. §. 1. *d. R. Jur.* In pœnam heres non succedit *l. pen. d. Op. nov. nunt. l.* 23. §. 8. *Ad L. Aquil.* verissime quidem, sed non tam fortiter, ut nulla nisi pœnalis in heredem non detur. Uno etiam loco ad argumentum à contrario sensu, quod sciam, ista regula producitur in §. 9. *Inst. Ad L. Aquil.* Ubi actio Legis Aquiliæ, quæ est ex delicto, dicitur in heredem non dari, quia pœnalis est, addito; *transituram fuisse, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.* Unde colligitur, Rei persecutoriam ex delicto in heredem plane dari. Ad hunc locum opus est propriâ responsione; Nam reliquis eo, quod dixi, satisfit. De damno visum est uti Justiniano hac consecutione, propter rationem, ut videtur, huic admisso peculiarem. Quod enim ex delicto non datur actio in heredem, ratio est, quia dolus *ab initio* est in omnibus delictis ita, ut eorum substantia dolus sit, etiam de quibus actiones sunt rei persecutoriæ, sicut hanc rationem in omnibus supra laudatis textibus animadvertere licuit. Dolus autem est animi mere personale vitium, cujus imputatio non recipit transitum de persona in personam; Unum ex omnibus delictis Damnum, solâ culpâ, etiam sine dolo æstimatur, ad instar contractuum, §. 3. & 4. *I. de L. Aquil.* de quo proinde transitus in heredem facilius admitti potuisset. Sed hæc una exceptio non potest abolere prædictam regulam juris absolutissimi, quod heres ex delicto, nonnisi quatenus ad eum pervenit, teneatur *d. l. un.* etsi actio tantum sit rei persecutoria, ut tot locis & exemplis patet consentientibus

4. Duplex est via, per quam dissentientes in alia omnia tendunt. Prima, quod actiones quædam ex delicto rei persecutoriæ dentur adversus heredes, cujusmodi Vinnius objicit duas, Condictionem furtivam & Rerum amotarum actionem. Priorem dari in heredem satis constat ex *l.* 9. *d. Condict. furt.* Sed ego cum Bachovio, Wissembachio & aliis Furti actionem ex delicto dari, Condictionem ex eodem dari non intelligo, ut in *Prælect. add. tit.* §. 1. demonstravimus. Non magis quam heres delicti reus est Furti, actione Furti potest teneri. Opponitur actionibus ex maleficio ortis in *l.* 10. §. 2. *d. Compensat.* Non est famosa *l.* 36. *d. O. & A* qualis si ex furto esset, nullo modo esse non posset, *l.* 1. *d. His qui infam. not.* Datur igitur de furto quidem & ex causa furtiva *l.* 2. 3. *d. Condict. furt.* etiam ex furto pendet *d. l.* 36. sed proprie non *datur ex* furto, sed ex jure quodam extraordinario, quod

odio furum placuit §. 14. *I. de Act.* Ulpianus in *d. l.* 10. §. 2. duas facit positiones, primam; *quoties ex maleficio oritur actio, utputa ex causa furtiva, compensatio locum habet.* Altera positio, *Idem est, si condicatur ex causa furtiva.* Si condictio esset *ex maleficio*, nihil opus erat novâ positione. Sed hanc phrasin *ex causa furtiva*, pendere *ex furto*, verum est, promiscue usurpari de actionibus, quarum causa tam materialis quam formalis est furtum; *d. l.* 36. *d. O. & A. l.* 21. §. *pen. & ult. d. Act. rer. amot.* Quin si alicubi scriptum esset *ex furto*; materialis an formalis causa significaretur, à natura negotii magis quam è verbis colligendum foret. Natura autem civilium rerum ex effectis maxime æstimatur, qui formaliter ex furto producere debet infamiam, quæ non est in condictione furtiva *d. l.* 36.

5. Quod vero attinet ad actionem rerum amotarum, hac parte Vinnius tam palam vim facit *Legi ult. C. Rer. amot.* quæ clare ait, heredem non in solidum, sed quatenus ad eum pervenit, teneri; ut nihil opus sit refellendo. Si tantopere Vinnio placet argumentum à contrario sensu, ut vidimus, applicet hoc Paulo in *l.* 21. §. *pen. D. Rer. amot.* ubi, hæc actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet, & ideo heredibus datur: uno spiritu *in heredes* dixisset, si daretur facultas; Etsi verum est, condictionem ex hac causâ dari in heredem, sicut in heredem cujuslibet furis condictio furtiva datur *l.* 6. §. 4. *eod. h. t.* junctâ *d. l.* 9. *d. Cond. furt.* quæ est celebris objectio. Illam ego sic excipio; ex hac causâ dari non modo rerum amotarum actionem, quæ verè est è delicto *d. l.* 21. sed etiam condictionem *l.* 24. *h. t.* quæ non minus in heredem datur, quam Condictio furtiva competit adversus quorumlibet heredes furum. Aliter alii & nos *alibi*.

6. Altera via, quam ineunt discrepantes, est, quod actiones ex delicto, quas Juris auctores ajunt esse rei persecutorias, sint tales à parte actoris; à parte rei verò sint poenales, ac ideo quod in heredes non dantur, hoc idcirco fieri, quia tamen sunt poenales. Sed Jura non agnoscunt, opinor, hanc divisionem. Rei persecutoriæ actiones sunt, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest *l.* 35. *d. O. & A.* Ubi hoc non exceditur, actio manet ejusdem generis; etsi reus inde nihil lucri perceperit. Est quidem hoc aliquid instar poenæ, luere commissum, unde nihil commodi senseris *l.* 1. §. 4. *D. Eo per quem fact. er.* Sed hoc etiam fit in contractibus, ubi sæpe, qui dolo vel culpâ rem alterius fecit deteriorem, sine ullo commodo, tenetur ad damnum alteri sarciendum; Ut tamen actio maneat absolute rei persecutoria. Vox ipsa id indicat, Rem persequitur actor non reus; Illius igitur respectum hæc appellatio solius continet, ubi ultra damnum rei nunquam lis æstimatur; etsi factum quoque puniat, nec ad reum quicquam pervenerit, actio tamen purè est rei persecutoria, per §. 9. *I. de L. Aquil.* & in dolosis contractuum commissis. Idque firmant omnes suprà laudati textus, qui actiones, quas illi à parte Rei poenales vocant, constanter unâque voce, rei persecutorias ex delicto dicunt.

7. Quod attinet ad rationem philosophiæ Civilis superius è Grotio adductam; hanc facile ex eo quod jam occupatum est dici, sustinebimus; Rationi magis esse conveniens, ut contractus & delicti naturam in principio suo, quam in exitu consideremus. Contractus agunt de rebus ad cujusque patrimonium spectantibus & sunt ex conventione inter volentes, qua parte heres repræsentat defunctum & succe-

succedit in jus ejus ex Jure Gentium, ut tamen si ob delictum superveniens, è contractu pœnalis actio detur, hæc quoque in heredem non detur, quia pœna semper est mere personalis. Puto autem occupasse me objectionem, si moveatur, hanc; Dolum in contractibus non facere quominus in heredes actio detur, si quidem rei persecutoria est; Nec ideo dolum in delicto cum tantum rei persecutoria est actio, idem facere posse. Negatur connexum è contractu & delicto. Substantia enim contractus est conventio; dolus accedit. Quod Principale est adficit heredem, accessorium sequitur. Delictum totum dolus, totum merè personale est atque ejus natura omnis ex animi dolo proficiscitur & habet evidenter rationem merè personalem, ab herede alienissimam. Cui proinde justitiæ ratio non magis patitur ullam de maleficio defuncti quæstionem moveri, quam heres ullum penes se lucrum è defuncti maleficio retinere potest. Si delictum mortui ab herede alienum est, fieri nec potest, ut actio contra eundem inde moveatur, seu plus, sive nihil, quam quod abest sibi pars læsa persequatur. Damnum enim maleficio datum ab ipso maleficio, quando una est actio, separari non potest, adeo ut, quem hoc non tangit, eum nec istud ullo modo tenere queat. Dicamus igitur, rectè & Juri Naturæ convenienter, Actiones ex delicto rei persecutorias non dari adversus heredes, nisi quatenus sunt locupletiores, eamque receptam Juris nostri sententiam esse videri, quanquam si quo jure positivo cautum fuerit, ut heredes etiam ex delictis, quod attinet ad rei persecutionem teneantur his, quibus à defunctis damnum est datum per maleficium etsi nihil ad ipsos pervenerit, ejusmodi jus nemo injustitiæ arguere possit, qua de re dabitur adhuc locus ad *l.* 23. §. 8. *Ad L. Aquil.* Adde pro hac sententia differentem Bachovium *disp.* 4. *de Action. & ad Fabri Decad.* 78. *c.* 1. *& seqq.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Pedius lib. IX. & *Pomponius lib.* XXXIII. *scribunt, parvi referre ingenuus quis, an libertinus sit, integræ famæ quis sit arbiter, an ignominiosus l.* 7. §. 1. *de Recept. qui arbit. recep.*

1. Non immerito ambigit Mornacius *hic*, an æquum sit usumque habere debeat, in quod hic consentiunt Pedius & Pomponius & Ulpianus, parum referre Vir honestus sit arbiter, *an ignominiosus.* Utique neminem cogendum, ad sententiam cum infami collegâ dicendam è compromisso, Mornacio concedendum fuerit; quod nec Ulpianus sentire videtur, cum in *l.* 9. §. 3. cogi negat eum, *cujus sordes aut turpitudo manifesta sit.* Ergo nec eum, qui cum eo datus est. Imo nec omnino talis arbiter jure datus videtur; quia non cogi in *hoc tit.* dicitur arbiter, qui vel justa causâ excusatur, vel non debet exequi compromissum, quoties Prætor officium suum non interponit *l.* 32. §. 1. *& seq. h. t.* Hæc quomodo cohærent? Dic ita, sis: Respectu compromittentium nihil refert, honestus an turpis sit arbiter, eumque Prætor etiam coget, ut videtur, ad implendum quod recepit; nisi turpitudo in ipso arbitrii exercitio detegatur, ut si corrumpi se passus sit, quo nisi fallor, spectat *d. l.* 9. §. 3. Sed alioqui non est publicum Arbitri officium, à quo infamis

famis arcetur. Si quis à probrosi hominis judicio rem suam velit suspendere, fiat, quis eum prohibeat? *Summum quisque causæ judicem facit quemcunque eligit*, ait Plinius in *præfat. Hist. natur.* An alius, qui non sciens infamem juxta se esse electum suscepit arbitrium, cogendus sit à Prætore, non expressum est, neque putem cogendum, per ea quæ Mornacius *hic*.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis Judex sit, arbitrium recipere ejus rei, de quâ judex est, inve se compromitte re jubere probibetur Lege Juliâ; & si sententiam dixerit, non est danda pœnæ persecutio l. 9. §. 2. d. Recept. qui arb. recep.

1. Quid hoc ita? Non dubitant hodie Judices recipere arbitrium & valent eorum sententiæ: Quod & Juri Canonico adscribitur cap. 5. x. *de Arbitr.* Groeneweg. ad *h. l.* Idque tam videtur ad præcidendas lites pertinere, quam Jus Romanum ab æquitate deflectere. Varia proferuntur à Mornacio aliisque ad *h. l.* Mihi de judice pedaneo textum hunc agere certum est, qui voce Judicis simpliciter posita in Pandectis intelligitur, ut Lexicographi docent. Talis autem judex à Magistratu datus, hoc quod ipsi injunctum est, agere debet; non suo arbitratu delegatione abjectâ, descendere ad arbitrium. Sed nostri Judices sunt Magistratus, qui Jure Civili quoque potuissent Arbitri esse, si modo ad effectum coactionis imperio subjecti fuissent: *l.* 3. §. *ult. & l. sequ. h. t.* quemadmodum in nostris obtinet Judicibus; quando non singulis personis hodie, sed integris Collegiis Jurisdictio competit.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Interdum, ut Pomponius scribit, rectè nudo pacto fiet compromissum, si ambo debitores fuerunt & pacti sunt, ne petat, quod sibi debetur, qui sententiæ arbitri non paruit. l. 11. §. 3. eod. tit.

1. Mæstertius in *lib. 1. Justit. L. Romanar. c.* 47. valde pugnat, non esse Juri civili infligendum hunc opinionis errorem quod compromissum è pacto sine stipulatione non habeat effectum actionis, ut hic textus haud obscure significat, dum ait; *Interdum* & nudo pacto rectè compromitti, quando alius è compromisso non quæritur effectus, quam *ne petatur*, ut petitio per exceptionem elidatur. Unde rectè colligitur, quo nihil est certius, quam ut actio è comprosso detur, Stipulationem utrimque requiri. Pendet hæc res ex eo, quod habuimus ad *l.* 7. §. 4. *d. Pact.* an ex pacto detur actio quod Mastertius putat, si modo constet serio animoque deliberato, ut est compromissum, fuisse initum. Verum ut hanc ejus sententiam manifesta juris auctoritate refelli probavimus illic, ita de compomisso nullum est dubium, quin ut actio inde competat, stipulatio requiratur. Nec inde contra Eunomiam plus objectionis colligi potest; quam in capite de Pactis inesse demonstravimus in *loco*. Jocularium est, quod Mæstertius idem captat verba *l.* 27. §. *ult. h. t.*

h.t. Si pœna non fuisset compromissa, sed simpliciter sententiæ stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio. Quid sit ibi *simpliciter promissum*, verba textus loquuntur, *sine pœna* scilicet; hoc ille de pacto sine stipulatione intelligi vult vehementer, invita juris ratione, cum glossa & omnibus, opinor, Interpretibus.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si in duos sic fuerit compromissum, ut, si dissentirent, tertium adsumant, puto, tale compromissum non valere; nam in adsumendo possunt dissentire. Sed si ita sit, ut eis tertius adsumeretur Sempronius, valet compromissum, quoniam in adsumendo dissentire non possunt l. 17. §. 5. h. t. Sed usitatum est etiam, in duos compromitti, & debet Prætor cogere arbitros, si non consentiant, tertiam certam eligere personam, cujus auctoritati pareatur, l. 17. § 6. in fin. d. Recept. qui arbitr.

1. Hæc parum cohærere censet Groenewegius, *quia discordiæ periculum non magis subest, cum expressè, quam cum tacite actum est, ut dissentientes tertium adsumant.* Et Jure Canonico non dubitatur, quin duo rectè arbitri constituantur, hac Lege, ut si discrepent, tertium adsumant, *cap. cum specialis x. de Appellat.* qui vulgo *superarbiter* appellatur, nihilque usitatius est his diebus; *Et prudentia nostrorum illa semper est*, inquit Mornacius *bic*, ut *fere nunquam in eo dissentiant.* Galli ergo feliciores hac parte sint, quam Ulpianus de Romanis præsumsit. Sed primo videndum, an Ulpianus secum ipse conveniat; Nam duos, cum potestate eligendi tertium, sine nomine non vult eligi Arbitros, propter naturalem hominum dissentiendi facilitatem. Rursus, electos duos vult cogi ad eligendum tertium. Quid si & tum dissentiant, an etiam Prætor eos coget ad consentiendum? Existimo, Non potest; non habet facultatem: *mihi profectò bic aqua bæret*, inquit Bachovius post examinatas Accursii rationes. Iterum *Rationi*, inquit, *repugnat*, quod Ulpianus hic scribit in *Ng. ad h. t. c. 2. n. 3.* Ulpianum ita velle, Prætoris partes esse *nominare* tertium aliquem, ut eum duo dissentientes adsumant; hoc esse quod dicitur, *Prætor cogere debet arbitros tertiam CERTAM eligere personam.* Eligere sibique adjungere, quem prætor illis nominat. Etsi communiter hodie, cum res usu venit, coactionis officium, in genere, absque nominatione certâ adhibetur. Sed mihi sententia Ulpiani exactior & magis juris juridica videtur, quam mos hodiernus. Res quæ unicè pendet à compromisso ac inde sine judicis interventu dijudicanda est, *l. 21. l. 32. §. 15. l. 46. h. t.* ita constitui debet, ut exitum vi compromissi habere possit, non implicitum & in se ipsum ruentem. Quod facile usu venire posse, si duobus electio tertii incerta committatur, quicquid de Gallorum hac parte prudentia Mornacius prædicet, res & usus docet. Cui vitando incommodo ita à partibus consultum memini, ut unius arbitrio tertii electio committeretur, quod ab Ulpiani sententiâ non abhorret. Quid si de tertio nihil in compromisso sit cautum? Prætoris officium in *certam* personam nominatim dirigendum est, ut monet Ulpianus. Alioqui, si Prætor sub mulctâ certâ duobus injungat arbitris, ut tertium eligant incertum, nec hi convenire queant, mulcta constringeret eos ad factum, quod non est in potestate singulorum & de

que

quo nihil receperunt. Cæterum, quod Ulpianus ait, non valere compromissum in duos, cum electione Tertii incerti, ita sine dubio capiendum est, ut si duo dein consenserint in tertium, ex post-facto valeat compromissum: Si consentire nequeant, in irritum cedet: Nisi tamen officio Magistratus, quod sæpe conventionum terminos egreditur, etiam tum contineri dicamus, ut vel sorte rem dirimi jubeat, aut ipse tertiam personam adjungat *certam*, quemadmodum hoc facere potest, si nihil de tertio eligendo in compromisso reperiatur. Adde Fabr. *in Rational. ad h. l.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edictum.

Celsus libro secundo Digestorum scribit, si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum si præsens fuerit & tertius alioquin absente eo licet duo consentiant, arbitrium non valere; quia in plures fuit compromissum, & potuit præsentia ejus trahere eos in ejus sententiam l. 17. §. ult. d. Recept. qui arb.

1. Hanc juris civilis sententiam mutat, an emendat Pontifex Bonifacius VIII. *in cap. ult. de Arbitr. in* 6. etsi negat eam esse mutationem Mæstert. *in lib.* 1. *de Just. LL. Roman. c.* 50. quia Pontifex, ait ille, de *amicabili piorum hominum compositione loquatur, uti contingit, cum frater in fratrem peccavit, de quo Matth. cap.* 18. *v.* 15. *& seqq.* idque *probo*, inquit, quia Pontifex in *d. C. ult.* subjicit hæc verba; *Ut sic ipsius absentia, præsentia repleta divina, eam reputari faciat pro præsente*; petita manifeste, ait Mæstertius ex *d. cap.* 18. *Matth. vers.* 20. Quid hujus rei sit, Lector ex ipsis Bonifacii verbis, collatis cum Ulpiani suprà scriptis; existimet, velim. *Ut quæstionibus*, ait Pontifex; *finis celerius imponatur, statuimus, ut si ex tribus arbitris à partibus electus, eorum aliquis ab aliis legitimè requisitus ad examinandum vel definiendum una cum eis negotium, super quo in ipsos extitit compromissum, non curaverit, cessante impedimento legitimo, convenire, duo præsentes, penes quos, licet lex civilis, aliud innuere videatur, totalem eo casu remanere decernimus potestatem; possint, malitiosa seu voluntaria illius absentia non obstante, dictum examinare negotium & libere definire sicut possent illo præsente, nec volente cum iis in unam sententiam concordare, ut sic ipsius absentia, præsentia repleta divina, eum reputari faciat pro præsente.* Nihil est liquidius, quam Pontificem in iisdem terminis versari, in quibus Ulpianus diversum statuit, seque ab hoc dissentire Bonifacius ipse declarat in verbis, *licet lex civilis aliud innuere videatur*; In quo versu quod Mæstertius *τὸ videatur* captat, nimis vanum & sæpe demonstratum est, voce *videri* plerumque non infringi adseverationem, *suprà ad l.* 31. *de Legib. n.* 6. Nec ratio subjecta aliud infert; cum divinæ providentiæ concursum Pontifex non minus piè ad compromissa juridica, quam ad amicabilia, quæ dicuntur, adhibere potuerit.

2. Cæterum uter rectius, Ulpianus an Bonifacius; minus facilè dixerim, quam neutrum videri reprehendendum; In plerisque enim definitionibus rerum civilium est quædam latitudo, intra quam diversæ opiniones, salva justitiæ tessera, consistere possunt, quemadmodum si hæc latitudo excedatur, in alterutram partem peccari necesse est; Quia *sunt certi denique fines, Quos ultra citraque nequit consistere*

ſtere rectum. In comparatione tamen ratio Ulpiani magis mihi placet. Arbitri extra terminos compromiſſi nihil juris habent; In his autem ita eſt, ut tres ferant ſententiam, non duo. Accedit ratio minime ſpernenda, quod argumenta tertii illius reliquos ad mutandum inducere poſſent, quæ res facit, *ut nec judices duo ex tribus, uno abſente, judicare poſſint, ſi tres judicare ſint juſſi*, ut Celſus idem qui laudatur in *hac l.* 17. §. *ult.* ſcribit in *l.* 39. *d. Re Judic.* Nec Pontifex in hac re, quod ad judices attinet, quicquam mutare ſuſtinuit. Ita enim ſcribit in *fin. d. C. ult. Circa judices verò antiqua jura* populi Romani *nolumus immutari*, inquit. Cur magis in Arbitris? *Ut quæſtionibus*, ita dixerat, *finis celerius imponatur in pr. d. c. ult.* qua gratia in arbitros unice compromiſſum eſt. Quid hoc, an judices ideo minus conſtituti ſunt? An vero, quia munus eorum eſt publicum, id quod etiam inviti abſentes cogi poſſunt? Sed arbitri abſentes non minus prompte à Prætore compelluntur, *l.* 3. §. 1. *& paſſim. h. t.* Plane, ut ratio juris civilis præferenda videatur.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel reipublicæ cauſa abſentia impeditus ſit, aut magiſtratu, aut alia juſta de cauſa pœnam committi Proculus & Atilicinus ajunt: ſed, ſi paratus ſit in eundem compromittere, actionem denegari, aut exceptione tutum fore. Sed hoc ita demum verum erit, ſi arbiter recipere in ſe arbitrium fuerit paratus. Nam invitum non eſſe cogendum, Julianus libro quarto digeſtorum rectè ſcribit. ipſe autem nihilominus pœna abſolvitur. l. 21. §. 9. *d. Recept. qui Arb.*

1. Antonius Faber ultimam hujus §. periodum à verbis, *ſed hoc ita*, damnat ut Triboniano quam Ulpiano digniorem. Primo carpit hanc locutionem *ipſe nihilominus pœna abſolvitur*, ſapitque Tribonianum. Quid vitii ſit, non exprimit. Non poteſt aliud eſſe, quam quod auferendi caſus ponitur in regimine & abſolvitur. O criticum! Quaſi quicquàm notius eſſet, quam abſolvere tam ablativum, quam genitivum regere. *Latæ leges quæ conſulem regni ſuſpicione abſolverent Liv. lib.* 3. defective, pro *à ſuſpicione* vel de crimine aliquem abſolvere. Ad rem ipſam ait Faber prima & ultima hujus §. pugnare, quod *paſſim Triboniano contingere* ſcribit, ut *vel dubium ſe, vel mendacem præbeat, quoties aliquid in prudentum reſponſis addendo corrumpit*. Recenſeamus ſententiam textus: fieri non poterit, quin pugna tam evidens ſe nobis offerat, aut ſi nullam offendamus, nihil opus ſit argumenta Fabri primò deſcribere, dein refellere. Compromiſſo facto, pars altera morbo, vel itinere publicæ cauſæ non adfuit; pœna quæ ſi compromiſſo non ſtaret alter, condicta fuerat, debetur, quia non diſtinguitur, inter juſtam & injuſtam cauſam *l.* 27. §. 2. *h. t.* Ita ſummo jure; Quod repetere velit is, qui abfuit, compromiſſum in eundem arbitrum, æquitas non patitur eum condemnari, cum res poſſit redintegrari: modò arbiter velit denuo ſe præbere compromiſſo: Nam ut ſecundùm cogatur, incivile fuerit. Ergo tum res non poteſt redintegrari. An igitur tum is, qui abfuit morbo, vel Reipublicæ

causâ peremptorie ad pœnam tenebitur? Summum jus ita vulgo pressius: Æquitas tamen adeò prægnans est, ut ne tum quidem justissima absentia careat excusatione: Sed absolvendus sit, cui nihil imputari potest. Quænam hic alia pugna est, quam summi Juris & Æquitatis? quam ego distinctionem inter diversas leges non dirimere pugnam fateor, sed in eadem sententia legis, stricti juris rigorem flecti ad æquitatem, tam est usitatum & passim in Legibus obvium, quam certum est censorem hic temeritatis censuram mereri graviorem, quam Tribonianus mereretur, si vera esset accusatio. Quem si mentiri voluisset, non simplici mendacio defuncturum fuisse, verum & Julianum introducere voluisse, quod facit sua causa mentientem, quis in animum inducere posset?

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Stari autem debet sententiæ Arbitri, quam de re dixerit, sive æqua, sive iniqua sit, & sibi imputet, qui compromisit l. 27. §. 2. d. Recept. qui Arbitr.

1. Hæc sententia Juris Romani Doctoribus & Juris Canonici auctoribus iniqua & intolerabilis visa est; Arbitros habere majorem potestatem quam Judices, à quibus appellari potest, Arbitrorum sententias nec appellationi, nec ulli juris remedio subjici *l. 1. C. b. t.* Inter æquum & iniquum nihil esse discriminis! Nihil rectius & justius videtur, quam quod recentior post Justinianum introduxit Juris prudentia, & usus omnium gentium approbavit; submissionem partium in compromisso factam, hanc recipere limitationem, *si æquum arbitratus sit*, ut probari solet ex *l. 30. d. Oper. libert.*; ubi Celsus; *non aliter ratum fore arbitrium patroni*, cui libertus juravit se pariturum, ait, *quam si æquum arbitratus sit, & fere ea mens est, personam arbitrio substituentium, ut quia sperent eum rectè arbitraturum, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint.* Scilicet, agitur ibi de operis, quas libertus patrono promisit, quibus hic ita moderari debet, ne libertatem, quam dedit, corrumpant. Sed ego Juris Romani, de Arbitrorum sententiis rectissimam & justissimam arbitror esse doctrinam, ut qui lites abhorrent, compromittere possint, hoc modo; Quod Titius, Cajus & Lucius de causa nostra dixerint, id te servaturum spondes? spondeo. Et tu vicissim? Ille similiter spondet. Hæc est species transactionis, sub conditione, Si illi pronuntiaverint; Sicut autem transactio est inretractabilis, favore litium finiendarum, *l. 19. C. de Transact.* ita ejusmodi compromissum simili jure gaudet & gaudere debet, etsi læsio sit enormis in duplum aut in quadruplum, ut de transactione scriptum est in *l. 78. §. ult. in fin. ad SC. Trebell.* Quare, quod de Transactione valet in hodiernos usque mores, cur de compromisso sententiâque arbitrorum displicere debeat, ratio reddi nequit idonea; nisi quæ magis firmare deberet sanctionem Juris Romani; quod heic causæ cognitio & sententia intervenit: Nam vis omnis à Consensu, quæ est in Transactione, per quem nemo læditur, nisi volens, manifesto reperitur eadem in compromisso. Sed Interpretes similitudo Judiciorum, quæ in arbitris apparet, egit in transversum; ut vias Arbitrorum sententias retractandi quæsiverint, à Canonicis laudatas *in cap. fane 34. C. sta-*

C. statutum 38. *c.* 2. *qu.* 6. Et primo quidem pro verecundiâ suâ non recedendi à Jure scripto, Doctores applicuerunt huc Reductionem ad arbitrium Boni Viri ex *l.* 76. *ff. Pro soc.* quæ diserte removet hoc remedium à sententiis è compromisso. Sed huc tamen eam traxerunt, ob enormissimam læsionem, quasi illa dolum tacitum contineret arg. *l.* 36. *d. Verb. obl.* Unde factum, ut ita sit traditum; per reductionem non rescindi sententiam Arbitri indistinctè, sed ita demum, si manifestam iniquitatem & valde enormem læsionem contineret. Sed hæc reductionis licentia semel in usum fori introducta facile perrupit in tantum, ut jam promiscuè non minus quam Appellatio recipiatur, teste Sandio *lib.* 1. *Decis. tit.* 14. *defin.* 1. Qua re factum est, ut Arbitria non magis ad lites terminandas, quam Judiciorum ambages proficiant; Procul ab utilitate publicâ & intentione compromittentium. Nec æquus arbiter Juris Romani gravitatem, quâ Transactionis vim Compromisso tribuit, nullo in equalitatis prætextu labefactandam, nisi ob dolum, quæ Arbitria quoque rescindit *l.* 30. *h. tit.* his Reductionum ambagibus præferendam negabit. Cæterum, si quis roget, quomodo cum hac positione, quod standum sit arbitrorum sententiæ sive æquum sive iniquum dixerint, conveniat, quod nec actio, neque exceptio, nec ullum Juris remedium ex Arbitri sententiâ, vulgo *Laudum* appellant, competere dicitur in *l.* 1. *C h. t. l.* 2. *D. eod.* huic facile satisfiet, eo, quod omnis Arbitrorum potestas à compromisso partium pendet; unde similiter actio inde nascitur, ad pœnam, si qua certa sit expressa, petendam; vel in id quod interest agendum, si pœna sit omissa *l.* 27. §. *ult. h. t.* Quæ plura hanc ad rem pertinent, huc non adspectant. Nec illud quidem, quod tamen subjicere placet è jure Publico; Cum obligatione è compromisso, servandi, patiendi quicquid electo electisve visum fuerit, exactè convenire, populi obligationem, qui simpliciter Imperantes suprà se constituit, cujus vi submissionis, non modo æqua, sed etiam iniqua ferre debeat; quâ de re scilicet, est alius agendi locus.

Ulpianus eod. Lib. XIII. ad Edict.

Si plures arbitri fuerint & diversas sententias dixerint, licebit, sententia eorum non stari. Sed si major pars consentiat, eâ stabitur: alioqui pœna committetur. Inde quæritur apud Julianum, si ex tribus arbitris, unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent, quâ sententia stetur; & Julianus scribit, quinque debere præstari, quia in hanc summam omnes consenserunt. d. l. 27. §. 3. *de Recept. qui arb.*

1. Hic locus non evitat Censuram, ut videtur, justam Autumni & Groenewegii, quorum hic prolixius & subtilius quam solet, oppugnat hanc Juliani & Ulpiani sententiam usus etiam distinctionibus valde scholasticis. In diversa tamen eunt Autumnus & ipse. Nam prior ita censet, *æquius esse decem, non quinque præstari, quia duo consenserunt in decem*; utique etiam is qui damnavit in quindecim. Alter nihil agere dicit arbitro, nec posse conjungi sententias, quia licet in quindecim contineantur decem *physicaliter*, secus sit *intentionaliter*, ita loquitur, habitâ ratione intentionis arbitrorum; Intentio ejus qui in decem condemna-

demna-

demnavit, non fuit in quinque damnare. Ideoque non potest trahi contra ejus intentionem. Idque in Gallia servari testatur & ipse Autumnus aliique ab illis laudati. In Hollandiâ tamen Groenewegius Autumni opinionem servatam scribit. Sed melior est, opinor, Ulpiani & Juliani sententia. Nam in propositâ specie videndum, an decem & quindecim conjungendi sint, adversus quinque; An vero quinque & decem jungi debeant, adversus quindecim. Apparet esse dubium; Ergo in leniorem partem & pro reo, cujus est favor præcipuus *l.* 125. *d.R.I.* respondendum. Atque ita Julianus & Ulpianus recte constituisse videntur in quinque, non in decem consensisse judices, quod etiam Pontifex laudat in *cap.* 1. *de Arbitr. in* 6. An in Curiis id usquequaque servetur, non habeo fidenter adseverandum, quò minus observari debeat, quod civile jus & Canonicum statuunt, causæ nihil esse videtur.

2. Quid si duo condemnaverint in decem, Tertius in quinque. *Octavius*, ait, Accursius hic, *prævalere duorum vult sententiam. Ego contra, imo prævalet sententia in quinque.* Idque probat etiam Faber, hac ratione, quod is qui condemnat in decem, etiam in quinque condemnat. Sed hoc est nugari. Intentio duorum conspirat in decem, à quibus vere dissentit qui in quinque damnat. Standum igitur eo, in quod major pars consentit, ut diserte ait Textus, quæ verba non possunt habere liquidiorem usum, quam in hoc casu. Idque statuit etiam Pontifex in *d.c.* 1. *de Arb. in* 6.

3. Quid vero, si unus in xv. unus in x. condemnat, Tertius absolvat. Tractat hunc casum Grotius in *lib.* 2. *d. Jur. B. & P. c.* 5. *n.* 19. *Distinguendum*, ait, *hic inter sententias, quæ totis rebus differunt & inter eas, quarum altera partem alterius continet, ut hæ conjungendæ sint in eo quo conveniunt, illæ non item. Sic qui in viginti damnat & qui in decem, conjunguntur in decem, adversus sententiam absolventem. At qui morte reum puniunt*, pergit Grotius, *& qui relegant, non conjunguntur, quia diversa hæc sunt & in morte non est relegatio. Sed nec absolventes cum relegantibus conjunguntur, &c. nam qui relegat, non absolvit.* Cum his fere consentit Plinius 8. *Epist.* 14. aliique à Grotio laudati. Apparet, illos sententiæ fundamentum ponere in rebus sive materia judiciorum, quod est *physicale* Groenewegii; sed cum vis suffragiorum ab intentione judicum pendeat, videndum, ne non potior sit ratio, quam ille vocat, *intentionalis*, junctâ hac regula Juris, in dubio inclinandum in mitiorem partem. Ponatur exemplum Cujacii 12. *Obs* 16. Tres judices capite puniunt, duo pecunia, duo exilio. Vult ille reum capite puniri; *quia diversarum sententiarum coitio*, inquit, *non est adversus eam, in qua sunt plures idem sentientes.* Aliter vidi servatum in Suprema Frisiorum Curiâ: Sex judices reum fustigari volebant; tres in opus publicum damnabant; Tres absolvebant. Curia sensit, absolventes cum leniore pœna conjungendos, ex præsumpta eorum intentione, licet absolutio & damnatio sint res oppositæ. Fortius illud est, quam exemplum Cujacii, me adsistente, accidit. Sex ad virgas & stigma inurendum damnabant. Quinque virgis cædi duntaxat volebant; unus torquendum sentiebat reum. Hic iis qui virgis tantum cædebant, etsi ab illis toto genere diversus, aggregatus fuit, ex præsumpto, nec non expresso hujus præsentis adsensu, absque mutatione tamen sententiæ suæ. Dicendum igitur, non tam materiam

teriam quam judicum intentionem esse spectandam, cum hoc temperamento; *Mitiorem in dubio sententiam esse præferendam.*

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis litigatorum defuerit: quia per eum factum est, quo minus arbitretur, pœna committetur. Proinde sententia quidem dicta non coram litigatoribus non valebit: nisi in compromissis hoc specialiter expressum sit: ut, vel uno, vel utroque absente, sententia promatur: pœnam autem is, qui defuit, committit: quia per eum factum est, quo minus arbitretur. l.27.§ 4. d. Recept. qui Arb.

1. Sententia Arbitrorum nonnisi utraque parte præsente ferri potest. Ideoque si alter litigantium abfuerit, hic pœna compromissi tenetur, nisi in compromisso expressum sit ut sententiam Arbitri, partibus etiam absentibus, *promant.* Hoc *promant* captat Faber, ut Tribonianæum, veteres ita non loqui. Cur non æque promere sententiam, id est proferre; quam promere consilia, Cicero promere aliquid ex se, *Ad famil.* 5. *ep.* 14. Male igiter de crisi philologicâ. Male etiam hoc, quod negat, in compromisso id exprimi posse ut absente alterutro vel utroque sententia pronuntietur. *Cui enim pronuntiabit, si nemo est, qui audiat pronuntiantem,* inquit. Ut vero is qui absens & inauditus est, revera pro præsente auditoque habeatur, sola contumacia facere potest *Auth. Qua in Provinc. C. ubi de Crimin.* Quæ porro contumacia potest esse ejus, qui legitimis edictis nec evocatus sit, nec evocari potuerit, cum illa juris publici non arbitrorum sint *l.* 53. §. 1. *d. Re Jud.* Sic ille: nulla ratione: Nam si compromissum facere potest, ut sententia effectum habeat, sine jurisdictione, sine contestatione, quid ni effectum contumaciæ sine edictis præstare queat? Imo plus potest suo consensu privatus in se ipsum, quam judex in privatum; Quisque enim juri suo renuntiare potest, cum nemini jus suum à judice nec quidem à Principe auferri possit *l.* 2. *d. His qui sui vel al. jur.* valet igitur conventio litigantium, ut si quis eorum non adsit audiendæ sententiæ, teneatur ad pœnam, sine omni dubio. Pronuntiationis autem fides quo constet, ratio multis modis expedita est, etiam quò partes sententiæ latæ certiores fiant, nec istæ sunt dignæ magno interprete difficultates. Sed quod additur in textu, pœnam nihilominus committi, in eamque teneri absentem post exceptionem si convenerit, ut in absentem lata sententia valeret, non habet rationem. Cur enim si valet sententia, nec absens se opponit sententiæ pœnam solvit, in quam tenetur saltem, qui compromissum violavit? Sed non est difficile judicatu, quod & Faber & Bachovius observant, hæc ultima verba non esse referenda ad exceptionem proximè præcedentem, sed ad priora, hoc nexu: *Proinde sententia quidem dicta non coram litigatoribus non valebit*; *pœnam autem is, qui defuit committit.* Exceptio media parenthesi includenda, sic utique exaudienda est. Et Tunc omnia bene cohærent. Quod Parenthesis apposita sit, non est quod miretur, qui scit in archetypo Florentino, nullas vel paucissimas reperiri distinctionum notas.

Paulus Lib. XIII. ad Edict.

Si quis rem, de quâ compromisit, in judicium deducat, quidam dicunt, Praetorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere; quia jam pœna non potest esse, atque si solutum est compromissum. Sed si hoc obtinuerit, futurum est, ut in potestate ejus, quem pœnitet compromisisse, sit, compromissum eludere. Ergo adversus eum pœna committenda est, Lite apud judicem suo ordine paragenda. l. 30. eod. tit.

1. Quoniam & hanc legem Faber ex earum numero esse putat, quæ à Triboniano corruptæ sunt, occupandis ejus objectionibus, quas alioqui πρὸς πόδας persequi finem non haberet, dabimus idoneam προσφοράν. Duo compromiserunt in Arbitrum. Sed alter mutato consilio adversarium vocavit ad judicem, quo facto, finitur arbitrium: Publica enim Jurisdictio prævalet. Ac ita hunc casum quidam inter eos retulere, quibus Prætor Arbitrum non cogit, hoc est, quibus compromissum finitur, ideoque nec pœnæ locus esse queat. Secundum quam sententiam, impune erat eludere compromissum. Ergo etsi non potest impediri, quominus lis apud judicem instituta peragatur, non est tamen hic casus inter eos, quibus solutum est compromissum; Sed actio ex eo datur adversus temere pœnitentem & pœna committitur, sive commissa, vel *committenda* est. Quorum hoc soloecismi arguere, cum priora benedicta fatearis, ut Faber instituit, ἄλογον & ἀγράμματον est, opinor.

2. Melius comparatum videtur, quod usu Fori Groenewegius servari testatur; Judicem non recipere causam ejus, qui in Arbitrium compromisit, antequam illud arbitrium sit finitum. Nec enim sine causa justa à compromisso salvâ fide recedere potest; cujus contemptum Jus Civile quid aliud, quàm tali modo adjuvat? Nec levis auctor est confusionis, ut tam Arbiter pergat & sententiam dicat, quam Judex apud se ordine procedi jubeat & causam decidat. Cui evitando incommodo Lege lata in Hollandia prospectum est, data exceptione compromissi hoc casu *Ampliat. Instr. Cur. Holl. art.* 10. Verum tamen Juris Civilis ratio est recta legitimaque, etsi nec est, quod alias Leges improbemus. Privati compromittentes, Arbitro non tribuunt neque tribuere possunt Jurisdictionem, quæ semper apud Judices publicè constitutos manet. Obligare se possunt invicem ad pœnam, vel in id quod interest, si non stent compromisso; atque ita teneantur, si arbitro deserto, ad Judicem se conferant, at Jurisdictionem publicam non intercipit compromissum. Non agere bonâ fide illum, qui provocat ad judicem, concedimus. Ideo tenetur ex compromisso, ut omnes qui fidem violant in contractibus, haud aliter quam in id quod interest, vel ad pœnam promissam tenentur. Ita cautum est in hac specie, ne sit in potestate ejus, quem temere pœnitet, eludere compromissum; quia datur in eum actio, qualis unicè è Promisso dari potest. Confusio quæ arguitur, nulla est; Arbiter agat ex compromisso, ut videtur; Fiet quod fieri debere compromissum est, ut qui non stat compromisso, teneatur ita, quemadmodum convenit. Hoc nihil obstat, quominus Judicium inte-

interim auctoritate publicâ procedat, ac in eo causa peremptoriè decidatur. Idque apud nos ita valiturum, ego quidem existimo, & æquum censeo, ratione juris publici validâ, & sine læsione juris privati.

Paulus eod. Lib. XIII. ad Edict.

Julianus indistincte scribit; Si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est &c. vetare debet Prætor sententiam dicere, nec dare dicta executionem l. 32. §. d. tit. de Recept. qui arb.

1. Præfert Groenewegius mores hodiernos, qui de famosis imo de publicis delictis in Arbitros compromitti patiantur; & reprehendit tacite Curiam Frisiæ, quæ secundum hanc Legem, Arbitrorum sententiam de causâ injuriarum, ipso jure nullam pronuntiavit apud Sandium *lib. 5. tit. 8. def. 6.* Atqui nihil Jure Civili rectius hac parte; Nam compromissum, sicut omnes contractus, de rebus singulorum patrimonialibus solummodo iniri possunt, non de publicis, neque de famosis aut aliis quæ à libero cujusque patrisfamilias arbitrio non pendent, cujusmodi est etiam matrimonium; de quo proinde non posse compromitti Jure Canonico recte constitutum est *cap. pen. X. de in int. rest.* Verum enimvero quod ad injurias attinet, cum earum condemnatio nostris moribus, Frisiæ nominatim, famosa non sit, ut palam constat & demonstratum a nobis est suprà *ad l. 1. d. his qui infam. not. n. 11.* parum animadverto, quamobrem his diebus Arbiter ex compromisso de injuria sententiam ferre non posset; modo non sit tam atrox, ut publicam vindictam non requirat, cui sane per compromissum præjudicari non posse dicendum. In cæteris, ubi pecuniaria tantum ratio actori applicanda vertitur absque metu infamiæ, nihil est causæ, cur ejusmodi injuriæ, compromissi naturam excedant. Nisi hoc inde liqueat, tempore Sandii non videri adhuc sedisse Curiæ nostræ, Injuriarum reos non fieri infames, qua de re ad *d. l. 1. d. His qui infam. notantur*, egimus.

Paulus Lib. XIII. ad Edict.

Quæsitum est de sententia dicenda. & dictum, non quamlibet: licet de quibusdam variatum sit. & puto vere non committi, si dicat ad judicem de hoc eundum vel se, vel alium: (in) se, vel in alium compromittendum. Nam & Julianus impunè non pareri, si jubeat ad alium arbitrum ire, ne finis non sit, quod si hoc modo dixerit, ut arbitrio Publii Mævii fundus traderetur, aut satisdatio detur: parendum esse sententiæ. idem Pedius probat: ne propagantur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur, sua sententia finem controversiæ eum imponere oportet: non autem finiri controversia, cum aut differatur arbitrium, aut in alium transferatur, partemque sententiæ esse, quemadmodum satisdetur, quibus fidejussoribus: idque delegari non posse, nisi ad hoc compromissum sit, ut arbiter statueret, cujus arbitratu satisdaretur. l. 32. §. 16. d. Recept. qui Arbitr.

1. Initium hujus §. esse intricatum sic satis apparet. Non æque, tricas illas esse à Triboniano, ut Faber iniquus autumat. Paulus amat ultro satis concue loqui. *Quæsitum est de sententia dicenda*, scilicet Arbitri, quod non opus erat addi, de quo unice agebatur. *Et dictum*, à prudentibus, seu sapientibus, ut Accursius, nec opus erat hoc addi, quod nemo non facile subintelligit. *Nam quamlibet*, esse dicendam, æque facile suppletur καὶ κοινῶς, *licet de quibusdam variatum sit*, Sententiis, an recte dicantur. Etiam hoc ultro suppleas. Nam quod prius de *sententia* in numero singulari scriptum inepte à Fabro objicitur; cum quæstio de sententia in genere fuerit, cujus multæ sunt species scilicet. *Et puto verè non committi, si ad judicem de hoc eundum* (non eundem) *vel in se vel in alium compromittendum*; abundant enim priora, *vel alium*. Sic levicula mutatione nihil superest difficultatis.

Scævola Lib. 1. Respons.

De rebus, controversiisque omnibus compromissum in arbitrum à Lucio Titio, & Mævio Sempronio factum est: sed errore quædam species in petitionem à Lucio Titio deductæ non sunt: nec arbiter de his quicquam pronuntiavit. Quæsitum est, an species omissæ peti possint. Respondi, peti posse: nec pœnam ex compromisso committi, quod si malignè hoc fecit, petere quidem potest, sed pœnæ subjugabitur. l. 43. d. Recept. qui Arbitr.

1. Ant. Faber: Non dubito, quin Scævolæ non sit, Sed vel Triboniani, vel imperiti Interpretis tota postrema clausula. *Quod si malignè hoc fecerit petere quidem potest sed pœnæ subjugabitur.* Nam præter id, quod nunquam ita loquuntur JureConsulti, ut dicant, *pœnæ subjugari*, pro *pœnam committi*, illud etiam ridiculum est, monere, peti posse id, de quo arbiter minimè pronuntiaverit. Hæc ille. De verbo uno altero ve sæpe dixi, non esse quod contendere opus sit. Subjugari pœnæ, tametsi Latinum sit, magis tamen stylo Triboniani convenire, quam Scævolæ, non negem. Absurdam esse clausulæ sententiam, quod ad Eunomiam pertineret, sive à Scævola sive à Triboniano sit, non video. Si enim non fuit ineptum, quæreare, quod fit in prioribus, an species in compromisso expressæ & in petitione creditoris aut in sententia arbitri non comprehensæ, peti possint, apud Judicem scilicet, qui potest alienum esse quod respondetur: eam peti posse tametsi maligne petitæ non fuerint; ut tamen malitia pœnæ comprehensa sit. Quæ Faber adfert, ea non destruunt hanc connexionem.

Rubrica Tit. ult. hujus Libri.

Nautæ, Caupones, Stabularii ut recepta restituant.

1. Methodum quâ Pandectæ sunt compositæ defendere non tam à genere quam à modo instituti nostri est alienum. Sed heic loci, absurditas ultro in oculos incurrit, ut videtur. Actum est in his quatuor Libris de præparatoriis & adfinibus judicio-

diciorum, inter quæ sunt qui ex promisso Arbitrium *receperunt*. Heic agitur de eo, quod *Nautæ*, Caupones, Stabularii *receperunt*. Quid hic aliud est connexionis, quam quod utrobique vox *receperunt*, invenitur? A judiciorum & arbitrorum materia nihil est alienius quam hujus tituli argumentum. Sarin' dignum Artificibus magnæ disciplinæ, tam nugatoriam methodi causam sequi? Tamen Jacobus Gotofredus haudquaquam ineptus auctor *in Serie Pandect.* nihil invenit heic παράλογον, nihil reprehensione dignum, quia sic fuerit etiam in Edicto perpetuo. Quod an valeat ad excusandum Tribonianum, nescio. In Edicto perpetuo quur ita fuerit, vellem Gotofredus exponeret. Quod si illud ordine minus artificiali congestum fuerit, in hoc tamen Systemate Jurisprudentiæ paulo plus accurationis adhiberi debuisset. Verum hæc res ad materiam Eunomiæ non pertinet, ad formam Artis exteriorem spectat, quam missam facere liceat.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edictum.

Novissime videndum, an ejusdem rei & de recepto honoraria actione & Furti agendum sit? Pomponius dubitat. Sed magis est, ut vel officio Judicis, vel doli exceptione, alterutra contentus esse debeat l. 3. §. ult. Naut. Caup. Stabul.

Nulla videtur esse ratio dubitandi, quæ Pomponio præstrinxit, & Ulpiani decisionem fundamentis Juris repugnare, sunt qui existimant. Nam actio de recepto est rei persecutoria §. *præced.* Furti mere pœnalis §. *ult. I. de obl. ex del.* Quarum concursus, ut notum, est cumulativus. Idque publicæ vigor disciplinæ postulat, ne furibus parcatur, quorum odio receptum est, ut quam plurimis actionibus teneantur, ait Justinianus in §. 14. *Inst. de Action.* Quid igitur alterutra contentus esse jubetur actione dominus? Videtur esse ratio: quod actio Furti detur ei cujus interest. Domini autem qui suum nactus est, aut habere potest à nauta vi quasi contractus de Recepto, non interest, utique si hic solvendo sit; quemadmodum de domino rei pignoratæ & locatæ constitutum est in *l.* 14. § 10. *& seqq. de Furt.* Neque verò fur impune abit. Nauta enim adversus Furem, habet actionem Furti *l.* 4. *in pr. h. t.* Ideo licet summo jure Fur domino teneatur, tamen quia non interest domini, nec bis de furto conveniri potest;. Aliis ita videtur, ut summi vir ingenii & judicii. Actionem Furti, quæ hic cum actione de recepto concurrit esse ex quasi delicto in duplum adversus ipsum nautam de furto alicujus ex his quorum opera usus est in nave §. *ult. Inst. de Obl. ex qu. del. l. ult.* §. 1. *h. t.* Contra quem doli innocentem bis agi iniquum sit: Etsi forte summo jure utraque daretur actio; Sed æquitatem exceptioni locum facere. Nisi obstet huic expositioni, quod Actio in factum in duplum ex quasi delicto, non sit nec appelletur Actio Furti, quæ dolum & contrectationem & Furem requirit: Item, quod actio hæc in factum mixta sit, cui etiam res inest; ac ideo si hæc instituta fuerit, dubitari nullo modo queat, an de recepto rei persecutoria ex eodem facto detur; vel si hæc prius mota fuerit, an integra in Factum in duplum supersit; per ea, quæ de concursu actionis mixtæ & rei persecutoriæ constant è loco communi, quem habuimus ad *tit. I. de Action. sub. fin.* Ad-

fin. Adde, quod in *L. sequ.* verba, *sed & ipsi Nautæ furti actio competit &c.* in quibus est continuatio præcedentis orationis, furti actio sine dubio propriè accipienda sit, arguitque sensum loci præcedentis & cohærentis.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM V.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.



Bsolvimus, quod Deus bene vertat, primam è septem Pandectarum partibus. Idem Deus adsit propitius in sequentibus, & det, si ad nominis ejus gloriam pertinebit, ut ad debitum finem hoc æqui bonique examen perducere liceat. Primo omnium sese offert,

RUBRICA De JUDICIIS.

Non desunt Christiani nominis professores, qui Christianis illicitum esse usum Judiciorum, cum generaliter, tum inprimis criminalium, ex simplicitate scilicet Evangelicæ doctrinæ, contendunt. Quorum argumenta publici licet saporis, Juris tamen studiosis neque spernenda, neque negligenda, nec adeò ipsis familiaria sunt, ut illorum consideratio heic otiosa futura sit. Nec imitandus adeo mos eorum, qui leges & monita Christi magis ex usu seculi, quam ex verâ & simplici illorum intentione metiuntur ac interpretantur. Oportet etiam bene certos esse Juris cultores, an salvâ Religione, dare possint operam disciplinæ, cujus Cardo vertitur in Judiciis, quæ controvertuntur.

2. Primum contra Judicia argumentum est è *Matthæi cap.* 5. v. 38. *& seqq.* ubi, cum Christus dixisset, *Dictum audivistis; oculum pro oculo, dentem pro dente*, ita subjungit: *Sed ego vobis dico, ne resistatis malo; sed quicunque te percutiat in dextram maxillam, obverte ei & alteram. Et si quis tecum litigare velit, ut tunicam tuam auferat, cede eidem & pallio. Denique, si quis te cogat ire mille passus, ambula cum illo duo millia.* Etsi hæc vulgo hominibus observatu ridicula videantur, nos utique sanctissima esse non dubitabimus. Sed hoc omnino præsumendum, Christo Domino non fuisse propositum, tollere judicia; quibus sublatis, res humanæ,

næ, quomodo adhuc sunt, nullo modo consisterent, nec populus Dei vitam in hoc mundo tranquillam agere posset; cui accedit, quod ipse in *Cap.* v. ℣. 17. præmonet suos, se non venisse καταλῦσαι τὸν νόμον, *ad dissolvendam Legem*, cujus vis & præcipua pars est, Judicium; ἀλλὰ πληρῶσαι, sed ut *eam impleret*. Non potest igitur suis interdicere voluisse penitus usum rei tam sanctæ quam necessariæ. Sed officium judicis à privatorum officiis dividere docet. Vindictam talionis judices in genere & æqualiter observare debent; privatos hanc sibi sumere non vult, sed potius, quam rixari & pugnare, pati injurias & damna levioris generis, qualia quæ exempli causâ refert, de tunicis, pallio, colapho, & itinere brevissimo; nec enim ut hæc ad graviora transferantur, litera vel ratio postulat. Ne quidem judicio contendere vult suos de tunicâ vel re simili. Nec tamen judicis officium implorare vetat, opinor, contra expilatores & prædones, ad cautionem futuræ securitatis & indemnitatem majoris momenti. Perturbationes animi è vindictâ, litigiis & rixis à Spiritu suo alienas enixis verbis improbat. Extra illud πάθος animi, non esse literæ horum verborum inhærendum, ipse suo docuit exemplo, quando tulit colaphos, non obtulit se pluribus, etsi obtulisset potius quam ultionem probasset. Quam non segniter usus sit Paulus jure judiciali adversus injurias, cum alibi, tum Philippis, videre licet Actor. 16: v. 37.

3. Ad secundum argumentum ex *cap.* 7. v. 1. Μὴ κρίνετε, ἵνα μὴ κριθῆτε, *Nolite judicare, ne judicemini*, est liquida responsio; non adimi hominibus judicium; sed temeritatem de aliis judicandi, metu justi judicii, ob injustum, coerceri: quemadmodum ipse Dominus id explicat VII. *Johann.* 24. Μὴ κρίνετε κατ᾽ ὄψιν; ἀλλὰ τὴν δικαίαν κρίσιν κρίνατε: *Ne judicate juxta adspectum, sed justum judicatote judicium.* Eadem responsio ad *Rom.* 14. v. 4. Paulò consideratior est locus Pauli 1 *ad Corinth.* 6. qui exemplum præbet hodieque Mennonitis inter nos, accuratioribus. Πρὸς ἐντροπὴν ὑμῖν λέγω, inquit, οὕτως οὐκ ἔστιν ἐν ὑμῖν σοφὸς οὐδὲ εἷς, ὃς δυνήσεται διακρῖναι ἀνὰ μέσον τοῦ ἀδελφοῦ αὐτοῦ. *Velim hoc advertatis ad animum; Adeo nec unus inter vos est sapiens, qui inter fratres judicare possit?* Ἀλλὰ ἀδελφὸς μετ᾽ ἀδελφοῦ κρίνεται, καὶ τοῦτο ἐπὶ ἀπίστων. *Sed frater cum fratre litigat, idque coram infidelibus?* Dicendum quod res est; Laudabilius faciunt, qui hanc rationem sequuuntur, ut lites suas arbitrio fratrum submittant, idque semper & ubique: Inter infideles etiam magis habet præcepti necessitatem, ad evitandum scandalum è deformi contentione fratrum apud extraneos. Sed necessitas ultra casum à Paulo traditum extendi non potest: nec etiam commendatio propter id quod potius & laudabilius est, si pars adversa submittere se nolit, aut eâ viâ, nihil in rebus majoris momenti, ut fere usu venire comperimus, profici possit. Enimvero quod Debitoribus nostris remittere jubemur ea quæ nobis debent, hoc ad patrimonium & pecuniam non spectare satis inter omnes constat. Quæ peculiariter Actionibus Injuriarum & Judiciis Criminalibus objiciuntur, suis locis reservabimus. Conclusio est, Judicia non tantum esse licita, sed etiam necessaria, ut pluribus demonstrant Amesius 5. *de Conscient. c.* 14. Spanhem. *p.* 3. *dub. Evang. c.* 26. Grot. *l.* 1. *c.* 2. *n.* 13.

Ulpianus Lib. 111. ad Edict.

Si judex ad tempus datus & omnes litigatores consentiant; nisi specialiter, principali jussione, prorogatio fuerit inhibita, possunt tempora, intra quæ jussus est litem dirimere, prorogari l. 2. §. 2. *d. Judic.*

1. Duplex in hunc locum censura se offert. Una Fabri, qui hæc verba; *nisi specialiter principali jussione prorogatio fuerit inhibita*, à Triboniano insulse adjecta adfirmat. Nam Ulpianus, inquit, *hic* sensit de judice pedaneo à prætore dato. Exceptio autem pertinet ad judicem à Principe datum; cujus crebra in Codice mentio, vix unquam apud veteres Juris Auctores. Præterea, morem esse Triboniani supervacuas & insulsas injicere exceptiones, qualis etiam hæc sit. Denique Tribonianæam manum argui ex inepto loquendi genere, cum dixit, *prorogationem inhibitam jussione*, quasi *jussio possit fieri per inhibitionem aut inhibitio per jussionem*. Hæc Faber: Mihi hæc duo verba, *Principali jussione* suspecta sunt emblematis; quibus sublatis, nihil inepti in stylo, vel in ipso genere exceptionis superest. Actum enim hic fuit ab Ulpiano de prorogatione non jurisdictionis, ut recte Faber, sed formulæ à prætore judici datæ, quam ab ipso cum inhibitione prorogandi tempus præscriptum fuisse conceptam, habet rationem & utilitatem. Sed formulis & judicibus à prætore datis, tempore Justiniani, sublatis, Tribonianus rectè se facturum putavit, ut rem ad sui temporis usum accommodaret, si hæc duo verba adjiceret; quia tunc Judices soli Principi & ejus inhibitionibus immediate subjecti erant: Cur enim de judicibus extra ordinem à Principe datis hæc verba solis accipienda sint, nihil à Fabro profertur. Culpa igitur Triboniani in hoc solo consistit, quod unicum fere ejus emblematis offendit, dicta veterum ut inconcinna & obscuriora faciat: In ipsam juris rationem, quæ fuit cum Pandectas ederet, & quam ipsi bene perspectam fuisse consentaneum est, nihil hactenus admisit.

2. Altera Censuræ Species est in universum hujus loci argumentum: Communibus recentiorum Jurisperitorum calculis improbata est tanquam Ordini Civitatis adversa Doctorum sententia, quâ prorogationem Jurisdictionis, de tempore ad tempus, fieri posse crediderunt, *hujus argumento textus*. Eo quod privatorum consensus judicandi potestatem, quæ publici juris est, fundare non possit: Ut plane fieret, si post tempus judici præscriptum, hic in judicando continuaret. Quæ ratio si vera est, quemadmodum è publici juris disciplinâ petita est, videndum, ne Censura magis in hunc textum quam in Doctores incumbat. Nam si maxime locus hic agat de judice pedaneo, ut volunt, & concedendum est, potestas tamen judicandi, quam is habet, æque publica & privatorum arbitrio exempta est, quam Magistratuum: Et judex nihilo plus vel partes suo consensu ad tempus sibi prorogandum conferre possunt, quam qui habet jurisdictionem vel qui adeunt Prætorem *per l.* 32. *h. t.* Accedit, quod ut textus nunc habet, sola Principis inhibitio restringit hanc prorogandi licentiam *h. l.* 2. §. 2. cum à Principe non minus Magistratuum, quam ab his judicum pedaneorum potestas dependeat.

pendeat. Unde videtur adstrui posse, quod absurdum eruditiores Interpretes in prorogatione Jurisdictionis à tempore ad tempus inveniunt, id ipsum in proroganda judicis pedanei potestate, si tempus illi à Magistratu qui dedit illum, non producatur, consistere videri. Ajunt, in favorem litigantium, quo lis celerius terminaretur, adjectum esse tempus, cui scilicet, ipsi renuntiare possint; Quod non est admittendum; quia si favor ille maxime perspicuus esset, cujus rei obscura sunt vestigia, tamen ad publicam judicandi potestatem nihil momenti conferre posset renuntiatio tacita, nec quidem expressa privatorum.

3. Quid ergo tandem? Prorogatio temporis in judice pedaneo ex ipsius & partium consensu, non vi consensus, sed auctoritate legali propter utilitatem civium, usu Fori videtur esse recepta, sine causa quidem Juris adæquata, sed & sine confusione judicialis disciplinæ. Judices illi erant privati homines ad certas causas à Magistratibus delegati, à quibus omne jus eorum proficiscebatur; Ac ideo jure, quod ab illis habebant, finito, potestas eorum non poterat non solvi; Tamen ita solitum est fieri, ut officio Magistratus illius finito, Judices tamen ab illis dati judicium peragerent *l*. 49. §. 1. *d. Judic.* quæ fuit etiam prorogatio temporis, æque ac in specie legis suprà scriptæ à litigatoribus facta est. Causam juris in homine privato de re singulari nonnihil produci, cum potestas à qua delegatus erat, in aliâ licet personâ, subsisteret, non erat insolens. In jurisdictione Magistratuum longe alia fuit ratio. Illi jus pro tribunali dicere, partes cogere, sententias suas exequi debebant; Id quomodo possent, à Tribunali submoti, nullo charactere publico insigniti? Hoc illis à partibus & à se ipsis dari, nullam habebat civilem facultatem. Sic igitur rationes absurdi, quæ in prorogatione jurisdictionis à tempore ad tempus eruditos offenderunt, in hunc textum minime conveniunt. Adde his, quæ dix. *in Prælect. ad tit. de Jurisdict. n.* 10 *pag.* 81 *col.* 1.

Ulpianus Lib. 111. ad Edict.

Legatis in eo, quod ante legationem contraxerunt: item his, qui testimonii causa evocati sunt, vel si qui judicandi causa arcessiti sunt, vel in provinciam destinati, revocandi domum suam, jus datur. Ei quoque qui ipse provocavit, non imponitur necessitas, intra tempora provocationis exercendæ, Romæ vel alio loco ubi provocatio exerceretur, aliis pulsantibus respondere: Nam Celsus huic etiam domus revocationem dandam ait. quoniam ob aliam causam venerit: hæc Celsi sententia rationabilis est. Nam & Divus pius Plotio Celsiano rescripsit, eum qui tutelæ reddendæ causa Romam erat à se evocatus, alterius Tutelæ causa, cujus causa non erat evocatus, non debere compelli judicium suscipere. Idem Claudio Flaviano rescripsit, minorem 25 annis qui desiderarat in integrum restitui, adversus Asinianum, qui alterius negotii causa venerat non esse Romæ audiendum l. 2. §. 3. *d. Judic.*

1. Antonius Faber ad *hanc l.* censet, omnia, quæ sunt à verbis *Ei quoque*, ad finem usque adsuta esse à Triboniano & Ulpiano inepte falsoque adscripta. Duabus id summis rationibus evincit, tam à re ipsa, quam à dictione hujus loci desumptas. A re ipsa, *Falsissimum* esse dicit, *quod Tribonianus pro verissimo intrudit.*

Eum qui appellationis prosequendæ causa Romæ sit, ibi de alia causa non posse conveniri. Qua de re mea sic est ratio; non videre me cui bono Tribonianus hunc locum Ulpiano adfinxisset. Emblemata enim sua, ni prorsus insanum fuisse credamus, ideo scriptis veterum inseruit, ut illa suis temporibus & Justiniani legibus adtemperaret. Hoc autem præsens si ab illo sit injectum, ab hoc instituto est alienissimum. Agit enim de privilegio illorum, qui Romæ agebant, revocandi domum. Quid malum, illi curæ fuit, quo pacto Romæ qui agerent provinciales jure domum revocandi uterentur, cum Roma sub Gothico gemeret jugo, nec amplius principem communis Patriæ locum & dignitatem, quo spectat hoc privilegium, tueretur. Nisi tu dicas, hoc idem jus fuisse Constantinopoli, id est, novæ Romæ, primo quidem id non liquet; & si res ita est, quomodo Tribonianus ignorare potuit, quod omni die in urbe, cui sub Imperatore suo præsidebat, servabatur; aut quomodo pro vero falsissimum jus ejusdem loci & temporis hominibus obtrudere potuit? Hujus rei longe mihi validior esse videtur consideratio, quam sunt ratiunculæ Fabri adversus hunc articulum juris. Quas si diffiderem à Lectore juris haud imperito facile discuti posse, hic adderem, & adderem tamen, nisi tæderet prolixitatis, in quam se Faber in immensum diffundit. Adfirmare tamen nullus dubito fore ut evanescant, si probare potest Lector, quod dicam; qua ratione qui judicii exercendi causa Romæ versatur, habet jus domum revocandi, ut in *hujus* §. *princ.* scriptum est, eadem, qui appellationis exercendæ causâ Romæ agit, illud privilegium desiderare eique indulgeri posse. Quod si obtinemus, ut per se loquitur; necesse non erit allegare, quod incredibile sit, Tribonianum, ad emblemata sua Lectori insinuanda constitutiones Imperatorum trecentis ante scriptas annis è tenebris eruisse, veterumque Jurisconsultorum loca discribenda putasse, ut eas sub Ulpiani nomine, procul ab usu temporis sui publici juris faceret: nihil unquam minus probabile tanta cum fiducia prolatum videre contigit. Plus aliquanto scrupuli movet è phrasiologia hujus loci, cujus aliquot habet specimina. Pleraque, opinor, inania tamen; ut *exercere provocationem*, quod nihil habet insolens aut soloecum. Ne quidem hoc, ut puto, *necessitas imponitur respondere*. Græcismus enim est, quos veteribus Jurisctis esse frequentissimos undique constat. Nec id movet, quod duabus periodis continuis idem fere vel simile principium anaphorice datum est, *Nam Celsus. Nam & Divus*; Talia enim nec paulo duriora passim obvia sunt. Sed quod *Pulsare*, pro compellare in judicio ponitur, in Codice frequens, in Pandectis fere de injuria manu & verbere facta sumitur, habet speciem. Et tamen idem Ulpianus sic etiam loquitur in *l.* 11. §. 9. *d. Interrog. in jur. fac.* ubi nec ipse Faber id verbi reprehendit, vel [illegible] arguit, & in *hac l.* aliquoties recurrit. Domus & domum revocatio, concise, pro domus causa, vel domum facta revocatio non est tam insolens quam *domuitio* veteribus ipsique Ciceroni cognita. *Rationabilis* ultimum est, quod ut barbarum notat; Atqui Pomponius & Paulus Ulpiani coævi, ille in *l.* 37. *d. Stipulat. serv.* hic in *l.* 34. *d. Oblig. & Act.* habent, *Rationabilius*. Magis igitur est, ut hanc crisin Fabrianam sustineamus & prætereamus. Et hanc rationem producimus ad §. *sequ.* quem similiter esse à Triboniano, ut Fabro concedendum sit, à re nihilo plus, à stylo minus adhuc rationis apparet.

Ulpia-

Ulpianus Lib. 111. ad Edict.

In omnibus autem, in quibus protelatur admonitio, hoc procedere, sine temporali damno creditorum oportet l. 2. §. pen. d. Judic.

1. Quid hoc locutionis, *protelatur admonitio?* Sensus est, ubi *differtur judicium*, sive petitio, per Privilegium legatorum, de quibus egit antea JurisCtus, id fieri sine præjudicio Creditorum, quibus interim non currit præscriptio, quâ excludatur actio *l. ult. in fin. C. Qui bon. ced.* Sed *protelari admonitio*, nusquam apud Veteres, opinor, hoc usu reperitur; significat vi abigere & proturbare, idque tam telis, quam dictis, ut apud Terent. *Sævis protelare* dictis. Pro differre, proferre nusquam veteres. Sed in Codice apud Legem *properandum C. h. t.* quæ est Justiniani, extat eo sensu *protelare*, corrupto è græco τῆλε, vocabulo quod significat, *procul.* à græcis latinismo simùl utentibus. Nam ita fieri solet, ab his qui juxtâ vernaculam utuntur exotica politiore vel regnante linguâ. Alterius linguæ vocabula in alteram declinatione vel conjugatione transformant. Nec admonitio pro in jus vocatione vel petitione judiciali ut hic fit, à veteribus usurpata fuit, quod sciam. Hæc igitur & reliqua stylum arguunt Tribonianeum, qui hunc versum cultissimis Ulpiani scriptis inseruit, ut Cujacius in *l. 1. C. de dignitat.* jam monuerat: *Unde autem & ex quâ parte juris novi sit petitus hic locus, non dicit Cujacius*, est ἐπίνοια D. Wissembachii. Credo, quod in re manifesta verbis se ipsa prodentibus, id supervacuum ratus est Cujacius: Nec forte scivit locum, unde Tribonianus hæc deprompserit. Nam quod D. Wissembachius putat, hoc petitum esse è *d. l. ult. in fin. C. Qui bon. ced.* illic agitur de specie satis diversâ; de induciis à Principe datis debitoribus, easque sine præjudicio Creditorum respectu præscriptionum, quibus actiones eorum finirentur, esse intelligendas. Argumentum duntaxat inde potest colligi ad moram quæ legatis in jus vocatis, de quibus in hac *l. 2.* agitur, indulta fuit. Sed nec jure Veteri dubitatum puto, quin ejusmodi dilationes tertio non præjudicarent, quo nihil est æquius, melius. Quod ad rem igitur attinet, nihil à Triboniano peccatum reor hoc emblemate. Formæ exteriori & elegantiæ nonnihil ejusmodi farcimentis detrahi, non potest negari.

Ulpianus Lib. 111. ad Edict.

His datur mulcta dicendæ jus, quibus publice judicium est, & non aliis nisi hoc specialiter iis permissum est l. 3. §. ult. d. Judic.

1. Verba ultima, quibus exceptio significatur, insulse à Triboniano adjecta esse monet Faber. *Perinde enim est*, ait, *ac si scriptum esset, non aliis dari jus dicendæ mulctæ, quam Magistratibus & quidem majoribus, nisi datum iis sit.* Quod ineptum esse negari non potest. Sed ineptia quæsita est à Fabro, non inest verbis. Nec enim exceptio refertur ad eos, quibus publicè judicium est, sed ad alios,

quibus

quibus id non est, verum qui dati & delegati sunt ab illis. His non competit jus mulctæ dicendæ, nisi id specialiter iis à delegantibus sit permissum: quod cur à veteri Jure alienum censeri debeat, nihil profertur, cum omnis delegatorum potestas à delegantibus esset. Faber hoc emblema dictat à Triboniano petitum esse ex *l. ult. C. de Sportul. & sumpt. in divers. Jud.* ubi cunctis Judicibus, etiam à majoribus delegatis, multæ dicendæ jus conceditur. Sed quomodo inde specialem certis judicibus factam permissionem excipit, ex lege generali & universali? An ne quidem excerpendi & describendi artem ineptiæ vacuam Triboniano relinquemus? Pergit Faber; Debuerat Tribonianus in præcedentibus scribere; *Hi habent mulctæ dicendæ jus:* Non, quomodo scriptum est; *His datur*, Ut posset congruè subjici exceptio: *Nisi hoc specialiter eis permissum est.* Qui potest rationem hujus objectionis capere; ego enim nullam video; responsionem æquè facile comminiscetur.

Ulpianus Lib. v. ad Edict.

Cæcus judicandi officio fungitur l. 6. d. Judic.

1. Absurditatem hujus positionis ut evitet Accursius, duobus utitur respondendi mediis. Primo, Judicem hic factum esse cœcum, dum erat judex, ac ita duntaxat superveniente cœcitate, non amittere munus suum. Altero, munus cum judicandi retinere, *quoad dignitatem, non quoad administrationem*, vel saltem, ut adjutorem accipiat. In qua sententia nimis acerbe Accursium vellicari à Duareno 1. *disput. anniversf.* 23. scribit Mornacius ad h. l. Atqui Duarenus, antiquitatis ignoratione lapsum esse Accursium dicit, quo nihil est verius, idque ei toties objicitur haud immerito, ut pro acerbo haberi non debeat; etsi non minus verum est, quod Mornacius ait, neminem melius Accursio de Jurisprudentia esse meritum: sed in egregiis hominibus arguere lapsum ignorationis, si non fiat calumniosè, non est nimis acerbum. Et nimii sunt amatores sui, qui æquo animo ferre non possunt, erroris se argui; modo sine verâ acerbitate fiat.

2. Accursius confudit Judices & Magistratus, ut apparet è glossâ & conciliatione hujus *l. 6.* cum *l. 1. §. 6. d. Postul.* ubi Ulpianus idem qui hic loquitur, cœcum judicandi officio fungi, ponit extra controversiam, indistinctè, Magistratum retinere quidem, sed novum petere non posse scribit. Est hic locus de judice pedaneo, quem Magistratus dabat ad singulas caussas; Cum autem cœcitas minime tollat judicium, doctrinam, prudentiam, quid erat impedimento, quominus ad causas, in quibus visu externo opus non erat, quod ex genere negotii poterat discerni, judex ejusmodi delegaretur? Nostri Judices cum sint Magistratus, Accursianis egerent distinctionibus.

3. Sed est objectio quomodo cœci judices pedanei potuerunt implere necessitatem legendi sententias suas è scripto, quod *periculum* vocatur sumpta translatione ab usu, quod ad memoriæ periculum adhibeatur in *tit. C. de Sent. è peric. recit.*? Glossa, cœco re ipsa hoc satis remitti eumque per alium legere posse statuit. Verius est, hoc requisitum esse recentius, inde postquam mos judicum pedaneorum

rum pridem erat abolitus. Constitutiones enim Valentis & Valentiniani, item Valeriani & Gallieni in *d. tit. de Sentent. è periculo* sive *breviculo*, ut alii, primæ laudantur; cum Judices jam essent Magistratus & haberent jurisdictionem, inde à tempore Diocletiani & Maximiani, ut videmus in *l. 2. C. de Jud. Ped. & tit. de Jurisdict. omn. jud.* Olim non videtur fuisse necessarium, ut judices ipsi è scripto legerent sententias, etsi quosdam id factitasse legimus, ut observat Polletus *Hist. for. Rom. lib. 5.*

Ulpianus Lib. LXX. ad Edict.

Si debitori meo velim actionem edere: Probandum erit, si fateatur, se debere, paratumque dicat solvere, audiendum eum, dandumque diem cum competenti cautela ad solvendam pecuniam. Neque enim magnum damnum est in morâ modici temporis. Modicum autem tempus hic intelligendum est, quod post condemnationem reis indultum est l. 21. d. Judiciis.

1. Anton. Faber verba hujus L. *Dandumque diem* & sequentia censet esse Triboniani non Ulpiani, quod si diceret solum, nihil esset, quo valde ei refragaremur; Nam, *competenti cautela*, vix est ut locutio sit Ulpiano conveniens aut veteribus usitata. Etsi an *cautelâ* minus pro illo tempore ferri possit, quam Tutela, vel curatela, non dixerim; Et quod de tempore post condemnationem reis indulto subjicitur, æque ad justos dies xxx. qui reis olim dabantur, quam ad quadrimestres inducias in *l. ult. C. de usur. rei judic.* referri possit. Verum si maximè hæc à Triboniano adjecta sint, quid in eo criminis admissum sit quod hunc locum flexerit ad usum temporis Justinianæi quam potestatem, imo quod mandatum acceperat, ut ex Constiutione Justiniani huic operi præfixa liquet, non animadverto. Cum enim debitori, qui statim tenetur, aliquod laxamentum temporis negari non possit *l. 105. d. Solut.* ecquid in eo est, quod idem tempus indulgeatur reo confesso nec recusanti solvere (id hic est *parato*), quod reis condemnatis à lege datur. Nihil est usitatius in Foris hodiernis, etsi tempus judicati faciendi lege Romana concessum non servetur, reis tamen non negantibus concedere tempus (in nostro foro bimestre solet indulgeri) ad faciendam solutionem; idque sine cautione plerumque, dissolutius quam in *hac l. 21.* præscriptum est. Quæ Faber argutatur ad demonstrandam Triboniani imperitiam & ineptiam, si essent talia, quæ per rationem à nobis expositam non ultro laberentur, singula recenserem atque refellerem. Actum agere non sustineo.

Paulus Lib. XVII. ad Plautium

Si paterfamilias mortuus esset, relicto uno filio, & uxore prægnate: non rectè filius à debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit: quia poterant plures nasci: cùm per rerum naturam certum fuerit, unum nasci. Sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse: quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent; sed nostram inscientiam aspici debere. l. 28. §. 5. d. Judic.

1. Quod Paulus hic scribit; *In rerum natura omnia certa esse, cum futura utique fiant.* Hanc ait Faber *esse Stoicorum aliorumque Ethnicorum positionem, qui in res humanas fati necessitatem inducebant, quam Religionis nostræ sanctitas execratur, quæ futurorum omnium contingentiam ad solius Dei Opt. Max. voluntatem & providentiam refert.* An opus sit in Arte populari, qualis est Jurisprudentia, hisce verbis adscribere tam profundum impietatis sensum, nondum apud me constitui. Quæstio hujus loci non est obscura. Paterfamilias decessit relicto filio & uxore prægnante. Filius heres est patris ipso jure & incontinenti *l. 14. d. Suis & legit. hered.* Venter etiam est heres; Hunc igitur pro coherede agnoscit; Et vult petere à debitoribus hereditariis partem dimidiam, alteram partem ventri relinquens. Sed opponitur; possent plures nasci; Nascituris pluribus ita præjudicium fiet. Replicat filius; plerumque singuli nascuntur, & cum ex eventu constiterit, unum in utero fuisse, mihi facta apparebit injuria, cum per rerum naturam certum fuerit quod evenit, nec aliter fieri potuerit, quam factum est. Hoc quidem Paulus concedit; attamen ante eventum considerari non potuisse contendit, quia homines inter se, non ex arcanis naturæ latentibus in suis seminibus, sed ex sua inscientia colligere & respondere debeant. Quod potius naturam quam divinam providentiam dixerit, non magis reprehendi potest; quam quod Cicero Legem naturæ dixit esse, *Rationem summam insitam à Naturâ*; Imo, ajunt, ab Auctore naturæ Deo. Fiat, nec Cicero negat. In eodem *lib. 1. de LL.* Legem naturæ vocat cœlestem descriptionem, mentemque divinam, imo præpotentem Deum. Et in *lib. sequ. Ratio est recta*, inquit, *summi Jovis.* Alioqui definitio Justinianæa Juris naturæ hoc etiam nomine reprehendi debuit; quod *Natura omnia animalia docuit.* Providentia divina naturam libere determinat & nexus causarum pro suo placito præscribit. Et secundum hoc præscriptum natura necessario producit effectus, qui nec aliter quam eveniunt, habere se possunt. Ajunt quidem veteres Jurisconsultos Stoicæ fuisse addictos sectæ. Sed hæc verba secundum mentem Justiniani, quem sensum ferant τῷ ἀπὸ γνώμης, ut ipse loquitur, id hic loci examinandum est. Nec ita videtur æquo lectori causa offensionis esse necessaria. Cæterum de ipso hujus loci Quæsito, pro qua parte filius, utero incerto, se pro herede gerere possit, locus erit commodior *ad l. 3. Si pro Hered. pet.*

Ulpianus Lib. 1. de Off. Consulis.

Si judex, cui certa tempora præstituta erant, decesserit, & alius in locum ejus datus fuerit, tanta ex integro tempora in persona ejus præstituta intelligemus: quamvis Magistratus nominatim hoc in sequentis datione non expresserit: ita tamen, ut legitimum tempus non excedant, l. 32. d. Judic.

1. Quodnam est illud tempus legitimum judiciis finiendis præscriptum Ulpiani tempore? Nullum, quod uspiam constet. In criminalibus annum fuisse præstitutum Cujacius ex *L. reus 7. d. Mun. & hon.* colligit *in l. 1. Obs. 8. & 17. c. 23.* De civilibus causis, quas Ulpianus hic intelligit, nihil ejusmodi proditum. Primus, quod constet, Justinianus triennium definivit in *l. properandum 13. C. h. t. ubi Giphanius.* Unde Tribonianus id huic loco inseruisse videtur. Quam tamen ejusmo-

jusmodi emblemata sint incommoda, patet ex eo, quod judicii Vir exactissimi Jacobus Rævardus 4. *Var.* 14. hinc & aliunde colligit, Tribonianum in *d. l.* 13. male narrasse; Justinianum fuisse primum illius præstituti temporis auctorem; Antehac etiam fuisse triennium litibus finiendis civilibus præfinitum. *Hoc jure ante Justinianum*, ait, *usos fuisse cives Romanos, omnesque populos, qui sub Romano degebant Imperio, testis evidentissimus est Sidonius Apollinaris Epist. lib.* 8. Verba Sidonii; *Per id ipsum fere tempus, ut decemviraliter loquar, Lex de præscriptione triennii fuerat proquiritata. Cujus peremptoriis abolita rubricis, lis omnis in sextum tracta quinquennium terminabatur. Hanc intra Gallias ante nescitam, primus, quem loquimur, orator indidit prosecutionibus, edidit tribunalibus, prodidit partibus, addidit titulis, frequente conventu, raro cedente, paucis sententiis, multis laudibus.* Hæc Sidonius Apollinaris, *addit Rævardus*, qui vixit sub Anthemio, Leone & Zenone Imperatoribus, haud multo ante Justinianum tempore. Imo, jam olim illud triennium in usu fuerat & duraverat usque ad Zenonem, qui fuit Antecessor Justini, Patris & Antecessoris Justiniani, quo effugium eripit Triboniano, quasi jus obsoletum Justinianus in usum reduxisset.

2. Non possum satis mirari, quid faciant homines doctissimi de Triboniano, æque doctissimo, si credimus inimicis ejus Procopio & Suidæ. Scripsit, Imperatorem suum esse auctorem illius triennii primum, quod jam olim usque ad exitum Zenonis, qui decennio antecessit Justinianum, in usu promiscuo civium Romanorum fuerit: Quæ major esse potest, imperitia non dicam; quia non potuit ignorare Tribonianus rem notissimam; sed impudentia & stultitia; quod legem condiderit per orbem terrarum publicandam, quâ se novam rem sancire prædicaret, quâ nihil jam pridem fuerat notius? Sed bene habet hic Eunomia; Rævardum ipsum errasse, jam Cujacius in *l.* 9. *obs.* 24. animadvertit; Sidonium agere de præscriptione xxx. annorum, quæ lites omnes *sextoqu nquennio*, id est, annis 30, ut Sidonius ipse in iisdem verbis loquitur, terminabat, ex Nov. 30. Theodosii & Valentiani: Quare pro *triennii* apud Sidonium sine omni dubio legendum *tricennii*. Nihil igitur aliud censuræ ad hunc locum superest, quam quod Tribonianus, sententiam L. *properandum* Justinianeæ sanctionis, adscripserit Ulpiano; quod dare causam obscuritati, & absque nota positum, intricare Lectorem, id quidem fatemur.

Ulpianus Lib. 111. Quæst.

Cum furiosus judex addicitur, non ideo minus judicium erit, quod hodie non potest judicare; ut scilicet suæ mentis effectus, quod sententiæ dixerit, ratum sit: Neque enim in addicendo præsentia vel scientia judicis necessaria est l. 39. *d. Judic.*

1. Judex à Prætore dicebatur *addici*, quando post in jus vocationem, actionis editionem, ex conventione litigantium, nominabatur, eique formula præscribebatur, cui *addictus* & adstrictus erat, ad quam rem ipsius judicis præsente consensu non erat opus. Idcirco furiosum addici judicem, non visum est absurdum Papiniano, secus ac Autumno, qui *ad utilitatis & æquitatis rationem* id hodiernis

nis moribus esse correctum scribit ad *h. l.* 39. Nec probat morem Romanum, etsi de judice pedaneo datoque ad certam causam textus intelligatur. Putat etiam hanc Papiniani sententiam ab ejus Adsessore Paulo esse improbatam *in l.* 46. *h. t.* ubi, *Judex datus*, inquit, *in eodem officio permanet, licet furere cœperit: quia recte ab initio judex addictus est. Sed judicandi necessitatem morbus sonticus remittit*; *ergo mutari debet.*

2. Sed hoc esse Papiniano contrarium mihi quidem non videtur; Interpretationem inde capere illius responsum, id equidem intelligo. Furiosus potest dari judex, quia speratur *ἀνανήψειν*, *ad sanam mentem rediturus*, ut ait Theophilus *ad* §. 2. *Inst. Qui testam. Tut.* Ubi furiosus etiam tutor dari potest, quia furor est intemperies brevi sæpe transiens, & tum, quod sanæ mentis factus pronuntiavit, quominus valeat, nulla ratio vetat; Si vero in furore perseveret, mutandum esse judicem res ipsa loquitur, nec id Papinianus recuset. Prorsus ut de Tutela scriptum est in *d.* §. 2. Furiosum Tutorem quidem recte dari; sed Tutorem tum, cum sanæ mentis factus erit, aliter nequaquam, futurum. Moribus hodiernis cum judices plerique sint etiam Magistratus, furiosum non addici judicem, merito quis existimaverit. Nisi quis ita putet, Furiosum in hac lege, nonnisi ex rapida vi morbi furore temporario laborantem intelligi. Nam qui pravam furoris dispositionem contraxerit, hunc ne quidem pedanei judicis officio recte admoveri, Veteres ipsos haud ignorasse, consentaneum est.

Julianus Lib. XXXVI. Digestor.

Si Prætor jusserit eum, à quo debitum petebatur, adesse, &, ordine edictorum peracto, pronunciaverit absentem debere: non utique judex, qui de judicato cognoscit debet de prætoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt hujusmodi edicta, & decreta prætorum. Marcellus notat: Si per dolum sciens falsò aliquid allegabit, & hoc modo consecutum eum sententia prætoris liquidò fuerit adprobatum: existimo debere judicem, querellam rei admittere. Paulus notat: Si autem morbo impeditus, aut reipublicæ causa avocatus, adesse non potuit reus: puto vel actionem judicati eo casu in eum denegandam, vel eum sequi prætorem ita judicatum non debere. l. 75. d. Judiciis.

1. Legem hanc totam Antonius Faber vult deletam. *Adeò falsa & inepta sunt omnia, quæ in eo Tribonianus de suo stylo & ingenio, sub nominibus Juliani, Marcelli & Pauli nobis obtrudit.* Illa vero deformis & nullo modo probanda fuerit suppositio. Nam etsi Imperator omnia sua fecerit, & nomina Jurisconsultorum non nisi honoris causa præfigi jusserit; Falsi tamen criminis absolvi non potest, tam enorme proprii styli commentum, & quasi è Digestis Juliani excerptum venditare sub ejus nomine totum & ad cumulum scenicæ impudentiæ, notas & limitationes duorum celebrium Jurisconsultorum addere falsas & commentitias. Quis hoc de Triboniano, quem saltem inimici ejus hominem doctissimum & callidum esse tradunt, quis idem de Antecessoribus viris gravissimis, ab Imperatore orbis terrarum tanto operi digerendo adhibitis in animum ut credat, inducere possit? Cum scirent, in omnium juris Studiosorum manibus Juliani Digesta versari,

ſari, nonne ſaltem præſens ludibrium & ſeculi Scholæque & Fori conſcientiam timuerunt? Cui denique bono ſeſe Artemque ſuam ita dehoneſtaſſent? Nihil apparet, nihil à Fabro profertur: niſi ut ſtultitiam ſuam & ineptiam gratis palam venditarent; Sed videndum ne non tam valide probetur ſubornatio, ut fruſtra eam defugiamus. Inprimis arguit Faber, quod ait Julianus à *princ. Si Prætor juſſerit eum, a quo debitum petebatur adeſſe, & ordine Edictorum peracto, pronuntiaverit, abſentem debere.* Nam Juliani temporibus non ſolebat prætor, neque pro ſua dignitate debebat, nec denique poterat, tametſi vellet pronuntiare deberi, ut dixi addit Faber ad *l.* 58. *h. t.* ubi tamen nihil adducit, quam notum ex Cicerone locum ad Qu. fratrem. *Quid Prætor ſoles judicare deberi?* Novimus omnes fuiſſe cauſas ordinarii juris & extraordinariæ *cognitionis*: in ordinariis datos fuiſſe judices pedaneos; In extraordinariis ipſos Prætores judicare ſolitos fuiſſe. Quid autem? hoccene Tribonianus & Anteceſſores, qui Pandectas compoſuerunt, ignorarunt? Τίνα διαπιστεύσειν τόδε Faber? Quis quod dupondii ſciunt conditores Artis neſciviſſe putet, ut ſi Juliano legem adfingere vellent, τὸ πιθανὸν in re tralatitiá ſervare non potuerint? Quid ergo? Non ſolitos fuiſſe judicare Prætores & Præſides concedo; Non potuiſſe nec unquam judicaſſe nego. Cicero leges ſuas ad formam Reipubl. Romanæ mutatis mutandis formavit, ut Plato ſuas ad Atticum exemplum. Primus in *lib.* 3. *de LL. Juris diſceptator*, inquit, *qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor eſto.* Hinc etſi Prætoris nomen à judicibus plerumque ſeparatur, ſæpe tamen & Prætori judicis nomen adſcribitur *l.* 1. *h. t.* In *l.* 81. *Eod. tit.* ſic loquitur Ulpianus. *Qui neque juriſdictioni præeſt; neque à principe poteſtate aliqua præditus eſt; neque ab eo, qui jus dandorum judicum habet, datus eſt, nec ex compromiſſo ſumptus, vel ex aliqua lege confirmatus eſt, judex eſſe non potuit.* Verba, *Judex eſſe non potuit*, ſine dubio ſignificant idem, quod *judicavit.* Poteſt igitur judicare, qui jurisdictioni præeſt, quem eſſe Prætorem nemo negat. Qui habet jurisdictionem qualis prætor, is judicare poteſt *l.* 11. *d. Jurisdict.* verbis. *Intra jurisdictionem judicantis*: Et mox, *circa jurisdictionem ejus, qui cognoſcit*, ubi de promiſcuis cauſis agitur. Reſtitutio in integrum non fit, niſi à Magiſtratu Populi Romani *l.* 26. *Ad Municip.* Et tamen eſt Judex qui illam adjudicare poteſt. *l.* 41. *d. Minor.* Potuere igitur Prætores judicum officio fungi, aliquando etiam functos eſſe non eſt dubium. Imperatores ſane ſub jus dicendo cauſæ cognitionem & deciſionem in cauſis etiam pecuniariis comprehendiſſe paſſim in Jure noſtro liquet. Idque alios Magiſtratus ſub Imperatoribus ſæpe fuiſſe imitatos cum minus in Republica eſſent occupati, veriſimile eſt arguuntque loca modo allegata, denique & hoc ipſum Juliani reſponſum. Donec ſub Diocletiano & Maximiano res ita increbuit, ut inſtituto dandi judices pedaneos abolito Prætores ad primævum ac integrum judicandi officium redacti fuerint *l.* 2. *C. de pedan. judic.* Quæ lex non probat ut Faber vult, antea Magiſtratus nunquam judicaſſe. Nam verba. *Præſides de his cauſis, in quibus quod ipſi NON POSSENT cognoſcere, antehac pedaneos judices dabant*, accipienda ſunt ita, quemadmodum *inferius in eadem lege; Si vel propter occupationes publicas, vel propter cauſarum multitudinem, omnia hujuſmodi negotia non potuerint cognoſcere, judices dandi habeant poteſtatem.* Ubi verba, *non potuerint*, non ad juris, ſed ad facti impedi-

pedimentum, ut sæpe alias, nominatim in *fin. pr. I. de Codicill.* pertinet. Sed excipiet aliquis; Si Magistratus olim de facto tantum ob occupationes Reipubl. judicare nequiverint, de jure potuerint, nihil novi in *d. l.* 2. introductum esse? Cum & ibi Magistratus quasi propter occupationes publicas judicare non possint, judices dandi licentiam habeant. Respondemus, olim erat mos solennis & jus receptum ut judices darentur à Prætoribus, qui raro causas ordinarii juris cognoscebant. Hodie mos ille consuetus est vetitus & jus ordinarium dandi judices abolitum est, exceptis casibus impeditæ necessitatis. Sed plus est difficultatis in *hac* L. verbis; *non utique judex, qui de judicato cognoscit, debet de Prætoris sententia cognoscere.* Atqui executio fuit Prætorum, qui judices dederant; *l.* 15. *in pr. d. Re Jud.* multo magis illorum fuit, si ipsi judicassent; quis igitur ille judex, cui prohibendum fuit, ne de ipsa Prætoris sententia cognosceret? Fuit judex ad exequendum judicatum datus, ut fieri solitum fuisse constat ex *d. l.* 15. §. 6. *& seqq. de R. Jud.* Huic facile in mentem venire potuit, Reo non audito, absente ut *hac* condemnato, non esse negandam defensionem. Quod Julianus merito præveniendum putavit: & prolixis Fabri logis in hoc articulo refellendis sufficit. Pergit Faber; *Sed videamus jam, quæ fuerit Marcelli nota ad tam elegans, si Dis placet Juliani responsum.* Julianus, *Si per dolum*, inquit, *sciens falso aliquid allegavit, & hoc modo consecutum eum sententiam prætoris liquido fuerit approbatum, existimo, debere judicem Querelam rei admittere.* Hæc verba, *consecutum eum sententiam Prætoris liquido fuerit approbatum*, adfirmat esse de stylo Triboniani; indubitato. Quod cur enixè negem, non habeo. Nec enim, ut hunc integras leges & trium Jurisconsultorum nomina commentum fuisse, negamus; ita nihil de suo calamo, addidisse, non contendimus. Agnoscimus ejus emblemata; Falsorum partuum integras imo nefarias suppositiones, qualis hæc foret, nondum adducti sumus, ut concedere necesse fuerit. Si hæc verba adjecerit, explicandi illa, non supponendi causa adjecit. Idem enim sensus constat in reliquis; *Si per dolum sciens aliquid allegavit, existimo, debere judicem querelam rei admittere.* Cur autem hoc Juris rationi sit adversum, ut is qui absens damnatus est inauditus, post sententiam adhuc audiatur, si actor per calumnias & allegata falsa judicatum impetrasse demonstretur, nihil profert etsi in eo sit Faber. Opus esse in integrum restitutione contendit. At cum res adhuc integra cis executionem subsistat, in integrum restitutio hoc casu non videtur esse necessaria. Ultimam Pauli notam Faber æque vituperat ac irridet, etsi nihil ea sit æquius; Ut, si constet, reum non per contumaciam, sed per absentiam Reipubl. causa vel morbum adesse non potuisse, non procedat executio. Ait Faber, appellandum esse *l. ult. d. in Inst. rest. l.* 73. §. *ult. d. Jud.* Quid autem si tempus interponendi appellationem, per easdem necessarii impedimenti causas effluxerit; nonne tamen æquum est, Prætorem vel ipsum, executionem negare vel pati judicem Executionis eâ de re cognoscere? Quod porro idem argutatur, absurde hic dici, *actionem judicati denegandam*, cum judice ad exequendum dato, jam certissime mutata fuerit actio rei judicatæ; est captio: Cum enim notat Paulus In Absentem condemnatum si morbo vel Reipubl. causa impeditus fuerit, denegandam esse judicati actionem, idoneum tempus supponit, quo necdum datus sit executonis judex; At in casum diversæ hypotheseos, executionis judicio

cio jam inchoato, subjecta sunt ultima verba, de judicato à Praetore non exequendo: *Concludamus igitur*, versâ Fabri censurâ, *nihil in tota hac lege esse, quod juris rationi repugnet, nihil quod aequitati.* Sed utilem esse hujus loci observationem, quam post alios adstruit Brunnemannus *ad h. l.*

Alfenus Lib. VI. Digestor.

Quod si quis putaret, partibus commutatis aliam rem fieri; fore ut ex ejus ratione nos ipsi non iidem essemus, qui abhinc anno fuissemus: propterea, quod ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent, aliaeque extrinsecus in earum locum accederent, l. 76. sub fin. d. Judic.

1. Quid hoc argumenti in Arte populari, quo simplices liquidaeque positiones ad absurdum citius quam ad veri fidem adducantur? Thesis est; Rem per partes mutatam manere tamen eandem. Id variis probatur exemplorum instantiis. Est eadem Curia Judicum, & si omnes mutati sint judices. Eadem legio, militibus etsi pluribus aut omnibus aliis sublectis. Populum eundem putari, qui ab hinc annis centum fuisset. Navem esse eandem, etsi toties refecta sit, ut nulla in ea non extet nova pars. Bene est, sat habemus exemplorum: Subjicit tamen aliud; Homo est idem, qui ante annum fuit, etsi nulla in eo jam sit particula, quae ante annum fuit. Papae novatores philosophi, an nugatores ait vir Doctus in re simili. Quis credat JurisCtus, aut de populo, cui jus redditur, quisquam, non esse particulam in se ullam hodie quae fuit ab hinc anno? Juris quidam Studiosus qui & philosophiae operam dederat, in disputatione quadam suá posuerat, ignem non esse calidum, nec glaciem frigidam, nec candidam nivem, neque ferrum esse durum aliaque philosophematum paradoxa; quae disputatio, ut tunc erat secta Academiae nostrae, prohibita fuerat: monui illum seriò, si Juris consultus fieri vellet, ejusmodi paradoxis in publico saltem abstineret. Alium in convivio talia inculcantem, ab agnatis memini rogatum, & gentilibus, ni vellet ex L. XII. tabularum ad ipsos ablegari, taceret & philosophus maneret Alfenus è Sutore factus est Juris-Consultus. Noverat dictum. Ne Sutor ultra crepidam. Meminisset etiam Tulliani dicti, Juris conditores, quatenus manu res tenere possunt, ratiocinari, non in atomos Epicuri & puteum Democriti penetrare.

2. Sat equidem censurae! mereretur eam Alfenus, si thesin juris, *mutatione particulari rem non desinere esse eandem*, hoc solo exemplo probasset. Cum problema suum perspicue demonstrasset, addidit ex intimâ philosophiâ exemplum, quod si mutarentur homines, thesin tamen non amitterent tot indubitatis illustratam instantiis. Quaererent Lectores & discerent, ut inopinam sic indubiam rem, esse hominem ἀεὶ γινόμενον, ἀεὶ ἀπολλύμενον, semper augeri semper minui, nasci & interire semper, in fluxu esse perpetuo. Si quis anni spatium nimis ad absolvendum hunc fluxum putet esse angustum, staticae Artis magistros consulat; aliquanto brevius hi computabunt.

3. Rursus aliquis dicat; nec pro philosopho satis exactè Alfenus. Hominem ita in fluxu esse docet, quod de parte ejus nobiliore falsum sit; Corpus humanum,

num, hominem dicere, graviores philosophi Socrates, Plato aliique refugerunt. Hoc credo non objicient qui mentem nihil aliud quàm cogitationem esse volunt nec patiuntur substantiam cogitantem; si tu quicquam aliud ea circumlocutione quam actum cogitandi intelligas, Mentem dici. Quippe cogitatio vere, nascitur & perit adsiduo. Sed ego Alphenum hac parte Jurisconsultum egisse, & populariter Hominem, quod de homine conspicitur, appellasse puto. Si placet mittamus rem, Eunomiæ, cujus parum hactenus interest, captum & limites excedentem.

Africanus Lib. III. Quæstion.

In privatis negotiis pater filium, vel filius Patrem judicem habere potest l. 77. d. Judic.

1. Etsi rarus lector probet libros, ad quos intelligendos aliis opus est libris, ut tamen de iniquitate hujus loci pluribus agam, post ea, quæ in *Prælect. ad h. tit. n.* 8. dicta sunt, imperare mihi non possum. Dictum ibi, quam variè Interpretes hujus loci duritiam mitigare instituant. Cujacius ita; Filius patrem & viceversâ hic illum, judicem habere *potest*, non *debet*. Probavimus hanc non sufficere captionem. Distinctionem inter judicare & jus dicere, qua concilientur hæc & *Lex* 10. *d. Jurisdict.* refutavimus. Hanc etiam; posse patrem esse judicem in causâ filii privatâ, non publicâ. Adhuc aliam distinctionem, inter voluntariam & contentiosam jurisdictionem, quæ est Hotomanni, Corasii, Gotofredi, refellimus. Denique, eos qui Antinomiam statuunt inter hanc *l.* 77. *& l.* 10. *d Jurisd.* quæ negat, Patrem in causâ filii jus dicere posse, non levare Censuræ notam, quin hoc saltem Africani responsum sit iniquum, facile constat. Nostra solutio fuit hæc; possunt Pater & Filius causis invicem suis esse judices, si consentiat adversarius, quam ut pluribus in *d. loco* adstruximus, ita Censuræ, si vera sit, absolvendæ eam sufficere palam est.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edictum.

Omnibus tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. l. 1. d. Inoff. testam.

1. Bene est, quod Juris-Consultus monet Cives, ne temere litigent, quod si Advocati omnes imitarentur, minus multi judicia, experti, detestarentur. Sed quod proprii cognati post fratrem omnes à Querela inofficiosi testamenti excluduntur, ita ut libere à successione bonorum excludi possint, id multis perperam se habere videtur: nec legum conditores neque privatos satis recte consulere, quod extraneos propriis cognatis præferunt & præferri patiuntur, idque ab hominibus sæpe in extremis agentibus, quando mente non minus quam corpore laborant. *Δυσάρεστοι οἱ νοσοῦντες, morosi ægrotantes,* apud Euripidem.

Plato,

Plato; *ἀνοήτως καὶ διατεθρυμμένως τινὰ τρόπον ἔχομεν οἱ πλεῖστοι, ὅταν ἤδη μέλλειν ἡγώμεθα τελευτᾶν. Stulte quodammodo & perversè plerique affecti sumus, quando morti nos propinquos arbitramur, lib.* XI. *de Legib.* Quin jus Naturæ propriis cognatis addicere hereditatem, eosque sine merito justæ causæ & illæsâ animi conscientia exheredari non posse, multi existimarunt, interque eos Bernardus Sutholtius, quo nemo forte meliore judicio philosophiam jurisprudentiæ applicuit, in *Dissert.* XI. *coroll.* I. A quâ sententia non abhorret parœmia popularis vernacula, quam rogo, ut sine Lectoris offensâ adjungere liceat:

> Die zalig wil sterven
> Moet laten vererven/
> Aen 't naeste bloedt
> Zyn tyd'lyk goedt.

Non esse autem spernenda ejusmodi parœmiarum judicia, utpote è communi conscientia fere desumpta, cum res, tum exactissimi Vir judicii Antonius Matthæus, Filius, qui plures ejusmodi Belgarum parœmias erudito tractatu prosecutus est, testari possunt. Nec eadem ratio fugit plures gentium Legislatores, qui infinitam prope testandi licentiam, quam Solon Atheniensibus immodicæ libertatis amatoribus ignoratam prius, eorumque exemplo Decem-Viri Romanis æque libertatis amantibus indulserunt, restringendam putarunt, ut saltem res immobiles patritas & avitas à propriis cognatis alienare non possint; quod jus in propinquo viciniæ, apud Groningenses, Drentinos & Transisulanos alibique in viridi est observantiâ, fuitque olim apud Hebræos qui jus succedendi in res soli, arbitratu suo mutare non potuerunt; *Num.* 27. *& ult.* cum jus Romanum nihil excipiat; neque cognatis ultrà fratres quicquam juris in ulla parte bonorum contra Testamentum tribuat, nec quidem fratribus, nisi persona turpis heres in testamento scripta sit; quod tam rarò usu venit, ut parum absit, quin etiam fratres atque sorores, sine causa, testamento præteriri vel exheredari posse videantur; nec unquam illis querelam cum effectu dari, mihi quidem videre contigerit.

2. Sed bene habet distinctio Juris Naturalis in præcipiens & Suadens. Præceptum esse Juris Naturæ necessarium, ut paterfamilias bona, quorum plenum habet dominium, & quorum Jure Gentium, quod ex naturali ratione profluxit, liber est arbiter & moderator, consanguineis suis relinquere cogatur; non uxorem, non amicos, benemeritos & egenos, aut quibus ipse mero liberalitatis affectu bene cupit, augere & honorare possit, nemo dixit; neque Deus, qui nullum ex necessariis naturæ præceptis in sua Lege præteriisse videtur, ita sancivit; etsi bonorum immobilium in tribubus conservandorum rationem maximam habuerit *d. c. ult. Num. & Levit. c.* 25. Sed hoc est mere politicum ad alias gentes non pertinens. Suadendi argumenta naturali ratione pro Cognatis suggeri probabilia, non potest negari: sed an eatam valida sint, ut si aliter consulatur, peccatum sit, non æque est expeditum. Nec enim quicquid cum melioribus comparatum laudabile non est, statim pro peccato habendum; sed mul-

ta Deus laudabilia, non necessaria, convertit in necessitatem, & hanc copiosissimam Legislatori propositam esse materiam, omnium scita legesque gentium docent, & tum quod laudabile non est, fit *ἀνομία, peccatum*. Quandiu lex divina vel civilis hac parte nihil præscripsit, manet libertas *ἀδιαφορίας*; quæ Legislatori debet esse ob oculos; ne quid juri privatorum dominioque sine gravi causa præjudicetur. Hæc autem res infinitis casibus & causis, ita variè comparata est, ut lex in universum cognatos extraneis præferre non possit; & conservatio decusque familiarum, quatenus hæc res conservationi bonorum in familiis implicita sit, politici est arbitramenti. Sed Viro bono & Christiano *τὸ εὔσχημον καὶ εὐπρέπεστον*, decor honestatis & quod bene sedeat, etiam cordi esse debet; ac ideo cognationis ratio & amor, ita illi ante oculos versetur, oportet, ut tamen affectui conjugali, amicitiæ, gratitudini & respectui meritorum, & paupertatis aliarumque rerum nihil derogetur. Quod cum lex in infinitum patens determinare non possit, rectè consultum est Jure Romano, quod officia privatorum à sanctione publicâ separavit, nec ultra liberos, Parentes & certo casu fratres, vim præcipiendi explicandam putavit.

Martian. Lib. VI. Institution.

Hoc colore de inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerint, ut testamentum ordinarent, & hoc dicitur, non quasi vere furiosus, vel demens testatus sit: sed rectè quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum l. 2. d. Inoff. Testam.

1. Filius movens querelam inofficiosi testamenti, audacter præ se ferre jubetur & adfirmare, Patrem, qui ipsum exheredavit, fuisse furiosum vel dementem, quo scilicet honori paternæ memoriæ consulat; etsi verum & certum sit, Patrem ad extremum usque suæ & sanæ mentis fuisse quam maximè. Primo quidem, non immerito quærat aliquis, ecquod honoris & reverentiæ genus hoc sit; quod filius falsò adfirmat, Patrem fuisse furiosum, qui bene & validè sapuit. Respondetur, eum qui dicit apertè Testamentum inofficiosum, reverà patrem impietatis & *ἀστοργίας*, quod est vitium contra naturam, accusare; qui vero dicit, furiosum fuisse, nihil quam morbi vim & fortunæ injuriam arguit. Bene igitur, cum aliter res facultatem honoris non haberet, instituit hac oratione filius erga Patris memoriam. *At, inquam* (ita redarguit hunc juris colorem D. Ant. Matthæus *disp. 7. fundam. jur. th.* 23. verbis gravissimis Servatoris nostri) *sermo vester sit, Ita, Ita; Non, non.* Quibus addi possunt omnia loca, de falsiloquio in sacris; cujusmodi argumenta semper habenda sunt in pretio & valore maximo.

2. Sed ego aliter in animum inducere non possum, quam falsiloquium esse peccatum unice repugnans secundæ tabulæ Legis Dei *cap.* IX. nec ideo malum esse, nisi lædat charitatem & jus proximi. Quod fit non modo, si ut instrumentum damni fraudulenti adhibeatur, sed etiam eo, quod non tribuit cuique suum in commercio sermonis, quem Deus hominibus, ut cogitationes suas invicem communi-

municarent, largitus est; & quem alius alii recto & intelligibili sensu, ex instituto generis humani præceptoque Creatoris & Gubernatoris hujus mundi, tribuere debet. Hoc ipsum indicat Paulus Apostolus ad Ephesios scribens: Ἀποθέμενοι τὸ ψεῦδος, λαλεῖτε ἀλήθειαν, ἕκαστος μετὰ τοῦ πλησίον αὐτοῦ, ὅτι ἐσμὲν ἀλλήλων μέλη. *Abdicato mendacio loquimini quod verum est, singuli cum proximo suo, quia membra sumus ejusdem corporis cap.* 4. v. 25. sive ut Florentinus, quia natura cognationem quandam inter homines constituit *l.* 3. *d. Just. & J.* Repugnantiam, quæ fit in discrepantiâ λόγου ἐνδιαθέτου καὶ προφορικοῦ, *Rationis & orationis*, cum natura Dei, interiorem magisve necessariam esse, quam fit in adulterio, furto vel homicidio, Deumque minus posse dispensare de veriloquio quam de Injustitiâ, de aliena re aut uxore non vitianda, de sanguine innocenti non effundendo, fateor, etsi inculcatum, me non percipere intellectu vel judicio. Pluribus hac de re diximus in *lib.* 2. *de Jur. Civit. sect.* VI. *cap.* 2. Secundum quæ, cum filius exheredatus adfirmat rem à veritate facti alienam, lege jubente, conscio adversario, dici nec potest id agere, ut damno mactet adversarium doloso; nec commercium sermonis ipsi magis intervertit, quam si fabellam comparationis intelligenti narret; quibus nec os benedictum Servatoris nostri apud rudes auditores suos abstinuisse novimus. Ergo censura, sine noxâ, quomodo adhuc est, transeat. Plura vide sis *in Prælect. ad h. tit. n.* 4. quæ licet huc pertinentia non repetimus.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit; quia Pater ei hoc fecit. Ac ita Papinianus respondit; nec Patris frater, quia filii testamentum est: Ergo nec fratris impuberis, si Patris non dixit l. 8. §. 5. *d. Inoff. testam.*

1. Pater filio impuberi, quem habet in potestate, scribere potest heredem, non modo proximum filio, sed quemlibet, nec modo in bonis ab ipso ad filium profecturis, sed etiam in bonis filiis adventitiis, ut ex *tit. Inst. & Pandect. de Substitutione pupillari*, constat. Ergo matrem filii, suam uxorem præterire & à filii hereditate post mortem suam excludere potest, ut ne quidem legitimam portionem ei relinquat, neque mater de testamento inofficioso queri potest. Idque ampliandum est, etsi persona turpis à Patre, veluti concubina sua, heres instituta sit; quia dicitur, ne fratres quidem vel pueri vel Patris exclusos queri posse, cum his querela, nonnisi turpi scripto herede, conveniat *l.* 27. *C. h. t.*

2. Hoc esse *incongruum pietati* non immerito adfirmare videtur Autumnus in *Censur. Gall. ad h. l.* argumento ejus, quod ipse Papinianus, laudator hujus sententiæ scribit in *pr. l.* 15. *h. t.* Nam, *etsi parentibus*, inquit, *non debetur filiorum hereditas, propter votum Parentium & naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus quam liberis PIE relinqui debet.* Necessitas juris naturæ propriè incumbit parentibus erga liberos, quia quos in mundo procrearunt, hos, ut in eo consistere possint, curare debent; accedente eorum voluntate votoque τοῦ θησαυρίζειν τοῖς τέκνοις, quod studium non æque in liberis sursum erga Parentes natura collocavit. Si tamen *ordine mortalitatis turbato*

(quæ verba Papiniano hic usurpata, Parentes ei superstites, HEU! sic est in epitaphio, filii monumento insculpserunt) parentes liberis superstites fuerint, tanta vis pietatis merito à Legislatore liberis imputata fuit, ut eorum bona parentibus, salva pietate, non posse negari judicaverit. Sed in nostra *lege* 8. §. 5. mater à filii hereditate exclusa, nullam habet actionem, nec quidem legitimæ petitionem, quam non dari his, quibus inofficiosi querela negatur, ut hic fit, tralatitii Juris est. Ratio, quæ Papinianum & Ulpianum movit, videtur esse juris captatorii; *quia Pater filio testamentum fecerit.* Nam si factum esset ab ipso, non dubitaretur, quin scilicet, matri querela competiisset. Hoc quid est, quam matri jus suum intervertere per calumniam, *κακουργίαν νομικήν*? Quin si maxime hæc ratio consistat, hereditas filii vel saltem legitima, *non ex testamento debetur*, ait Autumnus, *sed ex jure naturæ*, quod ut liberos cogit alere parentes, ita post mortem iis saltem ex parte, vult, ut consulere debeant, neque juris civilis commento ut hic fit, eludi potest aut debet, *d. l.* 15. *pr. & Nov.* 18. *in pr.*

3. Secundum hanc æquitatis sententiam, Senatum Parisiensem judicasse, die VIII. *Junii anno* MDLXVI. ipse testatur: ut tamen à Senatu Burdegalensi, ex rigore juris scripti, post ancipitem disputationem, contra matrem judicatum esse fateatur. Ipse quidem Lutetianæ auctoritatis decretum censet esse præferendum, *ne mater*, ait, *inhumane à liberorum successione expellatur*, *frustra quidem pariens; frustra simul & nutriens*, *propter secundas tabulas*, id est, prætextu substitutionis pupillaris & patriæ potestatis; *subjecta pœnis*, *succededentibus aliis*, *qui ex longa cognatione* filio sint conjuncti, vel etiam plane extraneis; imo, quod ex hujus textus hypothesi supponendum esse diximus, etiam turpi herede scripto, quo casu fratres, ad quos hujus legis odium extenditur, in terminis querelæ movendæ solummodo constitui, notum est è citata *l.* 27. *C. h. t.*

4. Difficilem explicitu hunc esse nodum, illis, qui non auctoritatis Imperatoriæ gladio, sed æqui & boni rationibus, quemadmodum hujus instituti ratio postulat, uti se velle profitentur, fatendum est. Sed videamus; Primo omnium Substitutionem pupillarem, quâ Pater de bonis filii sui impuberis, qui ipse testamentum condere non potest, haud secus ac de propriis suis bonis, disponendi facultatem habet, hanc esse rectæ rationi, nedum Juri Naturæ contrariam, neminem fore puto, qui serio contendat. Quid enim iniqui est in eo, quod lex invenit viam, quâ civis & dominus rerum suarum, qualis ille filius impubes post obitum Patris futurus est, intestatus ne moriatur, & quam ipse dispositionem facere non potest, hanc is qui omnes ejus actiones regit, instituat? Porrò Id etiam nemo non recte se habere fatebitur, Querelam inofficiosi testamenti esse accusationem judicii, quo testamenti conditor, impietatis reum se fecit adversus eum eamve, quem vel quam præteriit aut exheredavit, nec esse rationis, ut, cui Testator ejusmodi pietatis officio non fuit obstrictus, huic Querelæ causa contra Testatoris judicium detur. His igitur duabus positionibus extra Censuræ causam collocatis, ultrò sequitur, nec aliter ab interpretibus Artis, quæ duas positiones illas receperat, colligi potuit, quam matrem pueri non habere Querelam adversus Testamentum ab ejus Patre factum. Judicium filii, cujus impietatem accusare poterat, nullum est editum; contra Mariti judicium uxor non habet

bet Querelam, Pater jure jure suo de bonis filii testatus est. Non potuerunt JurisConsulti producere Inofficiosi remedium extra terminos illi à Lege præscriptos, ut uxori id darent adversus supremum Mariti sui judicium; quo nihil à jure, non modo civili, sed etiam naturali, quod eam non vocat ad successionem mariti, fuisset alienus.

5. Hinc ad objectiones non est difficile respondere. Prima sit; *Quod jus matri adversus Testamentum filii competebat*, hoc ei, *à Patre filio suo testamentum ordinante, non potuit eripi*. Sed *non entis*, ajebant in scholis, *nullæ sunt affectiones*. Filii nullum est, nec esse potest testamentum; etsi de bonis filii factum sit, nullum ejus est judicium, contra quod dirigitur Querela *l.* 4. *h.t.* Tota res è patris judicio æstimanda venit, quod uxor, pupilli mater impugnare non potest. Altera Objectio; *Filii hereditas aut ejus saltem portio legitima, non debetur è testamento, sed jure naturæ, quod proinde Pater ei non potest eripere*, majorem habet speciem eamque novissime seriò tuetur Brunnemannus ad *h.l.* ubi plures citat ὁμοψήφους. Responsio est, matrem suum jus è testamento, vel ab intestato persequi debere. Ab intestato, patre mortuo, sola vel cum fratribus & sororibus defuncti, haberet totam hereditatem. E testamento peteret Legitimam. Sed præsente casu, quem Papinianus & Ulpianus constituerunt, res in eum statum jure publico bene & sapienter introducto, redacta deprehenditur, ut mater neque testati, nec intestati jus sibi vindicare possit. Non Testati; quia testamentum à marito conditum oppugnare non potest; non intestati, quia testamentum filio, non à filio jure factum extat. Ac ita σύστασις ejus hæc est, ut neque totam hereditatem filii sui, neque partem legitimam petere possit. Apparet esse circuitum legalem: sed qui ex regulis Juris, prudenter & solide conditis necessario fluit: nec aliter à Juris conditoribus, post illas priores positiones rite stabilitas, ordinari potuit. Si quis instet, jus naturæ per ejusmodi methodum legalem interverti non posse; respondemus, hoc jus matris non esse tale jus, de quo Euripidæum illud, τὸ καλὸν οὔποτ' ἔφυ μὴ καλὸν, *Justum nunquam fit injustum*, usurpari queat. Sed diversum hoc Jus est, scil. facultas aliquid habendi aut agendi; cujusmodi jura civium pendent à dispositione Legis, quæ magis est Domina rerum nostrarum, quam nos ipsi sumus, nec ulla *lex* omnibus *consequentium* incommodis præveniendis sufficit. Hæc bene valideque considerata prudentem Lectorem non possunt relinquere in opinione Censuræ, Juris Romani auctoribus infligendæ. Vide sis & conjunge cum his dictis *Prælect. ad. h. t. n.* 7.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Si quis mortis causa donaverit filio quartam partem ejus, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset, puto secure eum testari. Et mox, *Quoniam autem quarta debitæ partis sufficit ad excludendam Querelam, videndum erit, an Exheredatus partem faciat, qui non queritur: Utputa, sumus duo filii exheredati. Et utique faciet, ut Papinianus respondit. Et si*

Hh 3 *dicet*

dicet Inofficiosum, non totam hereditatem debet, sed dimidiam petere. Proinde, si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: Unicum semuncia; Unum ex illis semuncia Querela excludit l. 8. §. 6. & §. 8. d. Inoffic. Testament.

1. Jure Civili Parentes liberis suis, etsi minimè ingratis, plus quartâ parte bonorum suorum, quæ ab intestato ad illos omnia pertinerent, relinquere non coguntur, & jure quidem Instit. & Pandectarum, quarta Pars, quæ legitima dicebatur, quovis titulo relinqui poterat, § *ult. I. de Inoff testam. l.* 8. §. 6. *h.* At hodie titulus institutionis requiritur N. 115. *c.* 3. *in f.* & quantitas legitimæ est aucta notabiliter, οὐκ ἀγεννῶς, ut loquitur Justinianus in Nov. XVIII. ut tamen adhuc liberi, utcunque officiosissimi, dimidia vel tertia parte portionis ab intestato & jure naturæ debitæ contenti esse cogantur. Quod iniquitatis arguit inter alios D. Antonius Matthæus *disp. fundam.* 9. *in append.* Dixi, inquit, *si recte asserunt Interpretes*, Quartam liberos à querelà inofficiosi repellere; *Dubito enim, an asserant rectè. Quin ita statuo; Testamentum impugnari potest utroque casu, & cum liberi prorsus sunt exheredati, & cum legitima est relicta &c. Nec liberos, qui ingrati non fuerint, Quarta relicta impedit, quominus testamentum Patris rescindant &c. Quin est absurdum, quod Interpretes uno pene ore omnes adfirmant, instituto filio in legitimâ vel quantacunque ejus parte, impugnari testamentum non posse; contra posse, legitimâ, vel majore etiam portione ei relictâ per legatum aut alium aliquem, præter institutionem, titulum. Quippe efficitur eo pacto, quod mirabile dictu, ut deunce filio legato, testamentum non valeat, & contra valeat, filio instituto in unciâ. Quam absurditatem primus, nisi fallor, Franciscus Hotomannus observavit, in disput. de Quarta legit. c. 6. n.* 34.

2. Duæ sunt partes hujus Censuræ. Prima reprehendit hanc positionem Juris, *Quarta portionis ab intestato debitæ, quæ est Legitima, excludit liberos à Querela.* Ipsius, inquam, Juris hæc est indubitata positio, quæ reprehenditur. Nam quod Interpretes insimulantur, quasi τὸ ὅτι hujus sententiæ minus rectè collegissent è legibus, id vel ex hisce duobus supra scriptis locis abunde refellitur. Nec ut à me refellatur, expectabit, opinor quisquam. Nihil pressius & clarius adfirmari potest, quam id ibi situm est, idemque in *Nov.* XVIII. *in pr.* ubi; *legitimis & benevolis filiis, quibus agunt gratiam parentes & cap.* 1. *d. Nov.* Altera nota est in perversam connexionem, quam Juris auctores fecerint, in præscribendo modo relinquendi legitimam. Prioris censuræ ratio pendet ex eo, quod antea demonstratum est, naturam liberis addicere hereditatem parentum, quo naturæ beneficio non nisi meritis contra naturam & officia parentibus debita privari debeant. Sed & hoc alias dictum est, Naturam sive jus Gentium facere unum quemque rei suæ moderatorem & arbitrum; nec liberos juri parentum quicquam detrahere, nisi quatenus hi illis alimenta debent, quorum quantitas cum incerta sit, ut jure positivo determinanda fuit, ita lege Romana determinata est; ultra quam liberi ex necessitate juris naturæ nihil petere possunt. Probabili quidem ratione desiderare possunt omnia bona; sed hæc probabilitas est jus imperfectum, quo non potest tolli jus perfectum Patris de re suâ disponendi, postquam necessitati, quâ liberis erat obstrictus, satisfecit. Si moveatur, quod usu venire potest, ut quarta pars hereditatis

ditatis, ubi hæc modica sit, alimentis non sufficiat; sciendum est, res humanas eâ varietate comparatas esse, ut omnibus in hypothesi incommodis nulla prudentiæ lex obviam ire possit. Satis esse debet, in universum quod statuitur & in summa, id esse æquum, & plerumque ad usum particularem sufficere. Cui addas licet, freno parentibus opus esse, quo liberos melius in officio continere possint, ne, si præter universam exheredationem nihil metuant, ita in animos inducant, si ab enormibus delictis, quæ fulmen extremum minitantur, abstineant, bene se implere filialis obsequii legem: Præter quod majus absurdum foret, quam D. Matthæus sibi in Quartâ excludente querelam, format, quod tamen ipsius sententiæ inesset postulatum; ne Parentes quicquam aliis bene meritis amicitiâque sanctissimâ sibi conjunctis, impertiri possint. Denique, sic est humani mos ingenii, ut minus incommodi ex amore Parentum erga filios, ne sine gravi causâ liberos nudâ legitimâ jubeant esse contentos, expectandum sit, quam foret ex procaciâ liberorum; si Parentes scirent esse coactos, integrum sibi relinquere patrimonium.

3. Quod ad secundam D. Matthæi notam attinet, verum est, cum olim sufficeret, quovis titulo relictam esse Legitimam, à Justiniano in *Nov.* 115. *c.* 3. §. *ult.* constitutum esse, ne aliter liberi à Querela, quam si heredes instituti essent, duntaxat ex legitima, excluderentur. Nam ita Cæsar existimavit itaque differit in *d. Nov.* 115. exheredationem vel præteritionem illi æquipollentem & Querelam esse res correlatas: Institutionem heredis, quæ est contraria exheredationi & præteritioni, non posse convenire Querelæ; tametsi par legitimæ quantitas alio titulo relicta fuerit. Quid est quod in hac Artis ratione usuque terminorum reprehendatur? Data est opera, ne filius inani institutionis titulo damnum in legitima pateretur; cum si ex minore, quam sit Legitima, quantitate sit institutus, habeat actionem ad supplementum Legitimæ *l.* 30. *C. h. t.* Non cavit hoc absurdum, dicunt *illi*, Imperator, ut si deuncem habeat filius in Legatis & donationibus mortis causâ, tamen si exheredatus sit, movere possit Querelam; Si unciam titulo institutionis habeat, Querela ipsi negetur. Vellem exemplum adducerent, quo hæc absurditas usu venisset. In jure quippe non sufficit, fingere casus, qui facultatem non habent: ut Testator sanæ mentis ita consulat, uti filio deuncem in legatis relinquat, & de reliquo filium exheredem scriberet; Quin ejusmodi exheredationem non valituram diceret Paulus, ex *l.* 19. *d. lib. & posth hered. instit.* Sed demus, illam absurdi consecutionem esse in hac sententiâ, quid habet causæ filius, querendi, quod via reperta, quâ sibi exheredato deunx relinquatur, ut per Querelam quod superest, petere possit? modo eâdem non sit consultum, ut legitima sibi intervertatur, quam providentiâ legis per conditionem ad supplementum, semper habet salvam. Inde refellitur & aliud D. Matthæi argumentum. *Ut, inquam non sufficit*, ait, *Quartæ quantamcunque partem relictam esse, nisi Pater liberos ingratitudinis arguerit, ut à supplendâ Quartâ repellantur, ita quoque non sufficit, Quartam totam relictam esse, ut à rescissione liberi repellantur, nisi testator liberos dixerit ingratos & dixerit verè.* Connexum procedet, ubi ostenderit, eandem esse necessitatem liberis totam hereditatem relinquendi, quæ est de Quartâ legitimâ, quod à nobis aliter se habere, supra demonstratum est.

4. Sed

4. Sed est adhuc alia in hunc locum censura Fabri Antonii, in hunc textum quem præ manibus habemus; Hæc verba, *Etsi dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere, non putat ex ratione Juris defendi posse, neque tam Ulpiano vel Papiniano, quam imperito interpreti tribuenda esse.* Bene Triboniano, quod huic aliquando parcit. Sed nobis hæc etiam censura omnino supervacua videtur. Quin ex his verbis probamus, quod in *Prælection. ad h. tit. n.* 9. & 10. adstruximus; Eum, qui movet querelam inofficiosi, non plus consequi, licet obtineat, quam ipsi ab intestato competeret: Partes autem reliquorum, qui jus querendi non habuere vel tempore exclusi sunt, aut queri noluerunt, apud heredem scriptum manere; cum ex post facto defunctum pro parte testatum & pro parte intestatum decedere posse, in ipso casu Querelæ non esse insolens constet ex *l.* 15. §. *ult.* & *l.* 17. *h. t.* Sed audiamus rationes, quibus Faber hunc versum probat esse spurium. Non quæritur, inquit, in hoc §. de parte quam is qui instituit Querelam habeat in hereditate, quod hæc verba volunt; Sed an exheredatus partem faciat in computanda Legitimâ. Responsio est; Verba ista fungi pro argumento, hujus quæstionis; Si exheredati ratio habeatur, in petenda hereditate, ut plus consequi non possit filius querens, quam exheredato concurrente haberet, multo magis ejus ratio, in ponendo Legitimæ calculo habenda fuerit. Ecquis hoc a proposito alienum esse dicat? Pergit Faber: *Sed & Interpretis nostri manum, simulque inscitiam illud detegit, quod iis verbis, quæ tollimus, Et, si dicam inofficiosum,* non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere; *exprimitur apertissime, illum, qui de inofficioso testamento dicit, hoc ipso hereditatem petere, quasi querela sit petitio hereditatis; quod plane falsum esse ostendimus ad L. Postumus* 6. §. *si quis ex his, h. tit.* Melior in Fabrum Censura fuerit, quod in ad hypotheses suas controversi Juris stabiliendas, manus violentas sacro Textui inferre non veretur; quod procul habere boni est Interpretis. Querelam Inofficiosi vere juridiceque esse petitionem Hereditatis ad *Tit. Inst. de Inoffi. Testam.* demonstratum heic loci repetere nihil ad præsens institutum adtinet.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edictum.

Quarta autem accipietur scilicet deducto ære alieno, & funeris impensa. Sed, an & libertates quartam minuant, videndum est: &, inquid minuant. Nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum quia habet Falcidiam; Falcidia autem libertates non minuit; potest dici, deductis libertatibus quartam ineundam. Cum igitur placet quartam minui per libertates: eveniet, ut qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querellam excludat: nisi fortè hic filius, si non fuit in potestate, à patre heres institutus, meritò omittit hereditatem, & ad substitutum transmittens, querelam inofficiosi instituet: vel ab intestato, citra edicti pœnam, habeat hereditatem. l. 8. §. 9. *d. Inoffi. Test.*

1. Si quantum acuminis Antonius Faber detegendis Juris nuditatibus & nævis impendit, tantum nobis ad velamentum & defensionem ejus adhibere facultas esset, eo forsitam omni in hujus expositione textus opus foret. Tam perplexus

plexus & obscurus esse videtur. Nec dubitat Faber, scilicet, quin totus sit falsus & subornatus à Triboniano ejusque collegis digestoribus, inscitiæ & stultitiæ manifestis. Has enim laudes illis perpetuò adscribit; etsi Procopius atque Suidas inimici & hostes Justiniani ac Triboniani, hunc virum sui temporis eruditissimum appellant, ne si tam stultus & absurdus hic locus sit, hoc Triboniano confestim imputandum sit. Cur autem hæc subornasse dicemus eum? Faber nihil quam inscitiam & stultitiam profert: An ut dicta veterum ad jus novum flecteret, ut plerumque de emblematibus præsumitur? Nihil tale; ut in progressu videbimus. Nihil quam lusus ineptæ & imperitiæ argui posset. Ut nihil Faber Ulpiano vel Papiniano dignum, omnia principiis Eunomiæ adversa reperit. Placet primo sententiam Loci, ut hæc à Basilicis exposita est referre, cum hac conferre textum, cujus verba aliquanto se præbent obscuriora, quam sunt Basilici, qui prudenter ista salebrosa transiliunt, conferemus. Quod illi enim sibi licere putarunt, ut quod intelligerent hoc verterent, ea quæ non adsequerentur omitterent, id nobis in hoc instituto & examine Juris Latini non licet. Quæ autem Scholiastæ Græci habent prolixe ac effuse, tam ἀκαίρως & à proposito aliena sunt, ut illa multo plus obscuritatis, si conjungenda forent, quam lucis adferrent. Basilici hoc modo incipiunt. Τὸ τρίτον λέγομεν τῶν μετὰ τὰ χρέα μενόντων καὶ τῶν δαπανῶν τῆς ταφῆς. *Trientem, dicimus eorum quæ Supersunt, deducto ære alieno & impensa funeris.* Hactenus bene & pene verbotenus cum Textu, nisi quod τὸ τρίτον, Trientem posuere, pro Quarta; quia Justinianus, Legitimam deinde redegit ad Trientem in *Nov.* 18. Ex quo, & magis ex sequentibus apparet institutum Basilicorum non esse versionis, sed novæ constitutionis ad exemplum Juris Antiqui, mutatis mutandis ex jure novo. Sequitur in basilicis καὶ τῶν ἐλευθεριῶν. Et *libertatibus* scil. deductis. Καὶ ἐν τῷ φαλκιδίῳ γὰρ ὑπεξαιροῦνται αἱ ἐλευθερίαι. *Nam & in Falcidiâ deducuntur libertates.* Hæc multo impeditius & obscurius in Textu habentur. *Sed an & libertates Quartam minuant videndum est, & nunquid minuant.* Primo omnium Fabro concedimus, hæc verba, *& nunquid minuant* esse ineptæ ac insulsæ repetitionis, quæ nihilo magis Triboniano, ut ille vult, quam Ulpiano vel Papiniano conveniant. Nec glossa quicquam proficit in omnes ea formas vertendo. Nisi pro *minuant* posteriore, legamus, *tollant*, hoc modo, sed an & libertates Quartam minuant videndum est, & nunquid *tollant:* In sequentibus argumentatur Jurisconsultus à Falcidiâ ad Legitimam. Quod vellem sane simplicius ita posuisset; *Nam quia Falcidia libertates non minuit, potest dici, deductis libertatibus, Quartam ineundam*, Scilicet, quia Quarta liberorum olim ad exemplum Falcidiæ introducta ac ita appellata fuit. Sed quid hæc sibi vult ratio? *Si cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam.* Imo qui ex asse heres institutus est, ideo querelam non habet, *quia neque exheredatus, neque præteritus est:* Talis enim solus habet Querelam *l.* 3. *h. t.* Pro lubitu suo Faber huic rationi insultat & Tribonianum pipulo differt. Si hoc neminem offenderit alium, ut neminem scio, miror & indignor. Nec potuit Tribonianus aut ullus tyro ita impingere. Nihil intelligo, si non ex fine hujus §. sensum his verbis demus. Quando libertates hereditatem exhauriunt totam, filius qui habet substitutum omittere potest hereditatem & quasi exheredatus vel præteritus agere Querelâ contra

 substi-

ſubſtitutum. Hoc non poteſt facere, ſi hereditas aliis exhauſta ſit legatis, id enim ſupponendum quia Falcidiam habet, ac ita Quartam, quæ excludit Querelam. At ſi per libertates exhauſta ſit hereditas, quæ tota ſcilicet, ut mox ponitur, è ſervis conſtiterit; Falcidia non obtinet, quia libertates eam minuunt, imo tollunt, ſi tota hereditas è ſervis manumiſſis conſtiterit; quæ res favet emendationi ſuperius tentatæ. Pergamus igitur ad caſum illum ſubjectum, cum Baſilicis. Εἰ δέ τις μόνους δούλους ἔχων ἐν τῇ ὑποστάσει ἐλευθερώσει αὐτοὺς ἐν διαθήκῃ, τὸν ὑπεξούσιον υἱὸν γράψας κληρονόμον, ἀργεῖ ἡ κατ' αὐτοῦ μέμψις. *Si quis autem ſolos valens ſervos in bonis, eos in teſtamento manumittat, filio ſuo herede ſcripto, ceſſat Querela*; Quia textus dat Querelam filio, *ſi non fuit in poteſtate*. Εἰ δὲ αὐτεξούσιος ὁ παῖς παρῃτήσατο τὴν κληρονομίαν. Καὶ εἰ μὲν ἔχει ὑποκατάστατον, κινεῖ κατ' αὐτοῦ τὴν περὶ τῆς διαθήκης μέμψιν. Εἰ δὲ μὴ ἔχει, ἀνέρχεται ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομῶν, μὴ ὑποπίπτων τῷ νομίμῳ διατάγματι. *Si verò ſit filius emancipatus, hereditatem repudiat. Et ſi habeat ſubſtitutum, movet adverſus eum Querelam inofficioſi. Si non habet, ab inteſtato ſuſcipit hereditatem, ſine metu edicti*, quod eſt in Tit. *Si quis omiſſa cauſa Teſtam.* Quid de filio *ſuo*? Dixeris illum hoc caſu, quaſi præteritum petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, cum gloſſa. Ita non male Textus à Baſilicis explicitus videtur. Jam vero latus eſt diſputandi campus Fabro, qui facilius in dicta Textus movet difficultates quam perſuadet hæc eſſe à Triboniano, cui ſi novum jus hic ſubeſſet, facilius imputaretur ſubjectio. Sed nihil hic ejuſmodi. Quin verius eſt, quod gloſſa monet, hodie libertates non minuere Legitimam, quia ſanxit Juſtinianus, Trientem *totius ſubſtantiæ* bonorum à defuncto relictæ ei eſſe tribuendam *Nov.* 18. Diſputet in immenſum Faber, ut ſatagit, hoc etiam ita Jure veteri fuiſſe; nihil profert, cur Tribonianus rem jure veteri novoque inauditam excogitaſſet, aut in jure tralatitio tam pueriliter errare potuiſſet, eaque gratia totum hunc Papiniano textum appinxiſſet. Magis eſt, ut favor libertatis, & ſimilitudo Falcidiæ cum Legitima, idem in hanc jure veteri invexerit, quod in Falcidia obtinuiſſe certum eſt. Si non per omnia in caſu olim rariſſimi & hodie nullius uſus Fabri veſtigia legam, quod nec fieri poteſt, veniam facile merebimur. Ipſe tandem in hoc definit, poſſe filium tam ſuum quam emancipatum, hereditate libertatibus exhauſtâ queri de Inofficioſo, ſaltem per modum contradictionis, ſi ſervi petant libertatem. Quod ſi eſt ita, quid in ſumma Textus hic Eunomiæ adverſum contineat, ne quidem Faber dixerit. In verbis nihil penitus à Triboniano mutatum vel adjectum eſſe, modo univerſa vel pene totalis ſuppoſitio non obtrudatur, haud facile dixerim. Argumenta ſuppoſitionis Tribonianeæ quæ habet, à ſtylo, verbis, *Sed an*, *videamus*, *videndum eſt*, *Poteſt dici*, nullius valoris ſunt, obvia paſſim. Reſpice ad §. 4. & 5. *h. l.* 8. ubi *dubito an*, *poteſt dici* quæ Faber ipſe non arguit, & ubi non ſimilia? Quod autem obſervat, hanc phraſin in *fin. h.* §. *habeat hereditatem*, non convenire veteribus, eſſe Imperatoriam, & vel ſolam arguere Triboniani manum, ἀπερίσκεπτόν ἐστι. Tu vide ſis in *Habeo* Briſſonium.

Ulpia-

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Si condicioni parere testator heredem jussit in persona filii, vel alterius, qui eandem querellam movere potest, & sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querella excludatur: adgnovit enim judicium. Idem est, & si legatarius ei, vel statuliber dedit. Et potest dici, excludi eum: maximè si heredem ei jusserat dare. Ceterum si legatarium, numquid semel natam inofficiosi querellam non peremat legatarii oblatio? Cur ergo in herede absolutè diximus; quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. Ego eventum puto sequendum in hac re: ut si forte, antequam judicium moveatur, oblatio ei fiat ejus, quod relictum est; quasi ex voluntate testatoris oblato eo, satis ei factum videatur. l. 8. §. 13. d. Inoffic. Testam.

1. Parum erat, quod Faber totum fere §. *præcedentem* à Triboniano subjectum dixerat, nisi & hunc & majorem hujus legis tam prolixæ partem ejusdem falsitati & inscitiæ tribueret. Nam si nihil quam suppositionem argueret, & res ipsas suo merito relinqueret, Eunomiæ tantum non intererat; Sed quod res ipsas πεγγγκο-ξμῶς expositas ait esse ineptas, à ratione juris alienas & stultas, id vero est ejusmodi, ut ni cum ratione vindicetur, nimis gravem Juris prudentiæ notam inurat. Etsi nec id quidem in animum inducere possemus, Tribonianum sine causa Juris antiqui ad novum inflectendi, ausum fuisse tam latè patentes infarcire commentarios Locis veterum ex eorum libris excerptis, qui tunc in omnium manibus versabantur. Quibus utique impositurum se nullo modo sperare poterat. Sed videamus sententiam. Hanc basilici hoc modo complexi sunt, versione Fabrotina; *Si ante litem contestatam ceperit quis à defuncto, sibi, conditionis implendæ gratia, relicta, non agit querela, quia agnovit judicium defuncti.* Faber hoc negat ex ratione Juris; quia quod conditionis causa relictum est, non veniat ex judicio & dispositione Testatoris *l. 8. in fin. S. quis om. caus. Test. l. 55. d. C. & D.* Sed hæc est mera cavillatio. Testator dixit, *Titius heres esto, si filio meo exheredato centum dederit*, verum est, filium hunc non esse directe legatarium, sed mortis causa capere centum *d. l. 8. & l. 55.* Quis tamen negat, hoc illum ex voluntate Testatoris habere? Vide *l. 3. §. ult. d. cond. caus. dat.* ubi; *Quem Testator accipere voluit.* Item *l. 20. §. 4. d. Acquir. hered. Quia ex defuncti voluntate accipitur, quod conditionis implendæ causa datur*, ad quam frigidissimæ sunt elusiones potius quam responsiones Fabri, contra evidentiam rei manifestam. Ad §. *ult.* more suo respondet, eum locum à Triboniano contra juris rationem esse corruptum, qua de re *in loco* videndum erit. Tu adhuc videsis *l. 92. d. C. & D.* ubi *circumveniri non debet testantium voluntas*, de casu mortis causa capionis. Nihilo melior est Fabri captio; quod heres, qui sub conditione dandi decem filio institutus est, non possit *dici parere jussus conditioni in persona filii*, ut hic habetur; Nisi verba dispositiva accedant, *Heres filio centum dato.* Quin imo contra scriptum est in *d. l. 3. §. ult. ut Testatori pareatur, & in d. l. 92. Testantium voluntas circumveniatur*, etsi non directà, minime tamen obscura vel ambigua. Hactenus igitur nihil profertur, cur non bene scriptum sit, filium qui accepit, quod per modum conditionis ei relictum erat, judicium agno-

visse Testatoris & Querelæ renunciasse videatur. Sequuntur aliæ cavillationes. Textus ait; *Idem est, etsi Legatarius ei, vel statuliber dedit.* Mox tamen dubia est oratio: *Et potest dici: Nunquid &c.* Hæc Tribonianæa: vel potius Fabri argutæ ineptiæ. Versus *idem est*, referatur ad τῷ proxime sequens: *Agnovit enim judicium defuncti*, non ad Quæstionem, an *querela detur*, ut est ob oculos. Sed novum *emergit absurdum*, ait Faber. In sequenti versiculo tractatur casus, an oblatio pecuniæ Querelam perimat. *Hucusque*, ait ille, *tractavit casum contrarium, quo non modo fuisset oblata, sed etiam data*: *Sic enim scripserat: Idem est*, etsi Legatarius ei, vel statuliber dedit. *Nunc tractat eum casum, quo filius exheredatus sibi oblatam sive ab herede, sive legatario pecuniam nolit accipere.* Ubi nam hoc, *nolit accipere?* Colligit hoc Faber ex voce *oblatio*, quasi hæc nonnisi inchoationem facti, non perfectionem, sive acceptationem significaret. Digna objectio Censore Jurisprudentiæ! cum nihil sit notius, quam oblatum dici, etiam quod acceptum & consummatum est. Cicero *pro Domo sua*. Domus, inquit, ardebat in Palatio, non fortuito, sed *oblato* incendio. Idem *lib. 3. off. Reginæ stuprum obtulit*, id est, illam violavit. *Pro Rosc. Amer.* idem. *Qui mortem obtulerit Parenti*, Id est, occiderit eum. Offerre vitium virgini, *apud Terent.* Tantum hic dies *obtulit* molestiæ mihi, id est, dedit Plaut. *Aulul.* Sic etiam hic, *oblatio* pro, quod prius de *datione* dixerat inprimis Latine, ut Papinianum potius, quam Tribonianum arguat, & Fabri magis quam hujus inscitiam. Argutatur in infinitum Faber ad probandam Triboniani stultitiam, in illa quæstione *Numquid semel &c. & Cur ergo in herede absolute diximus?* Si dicam sensum & connexionem hujus versiculi, cum præcedentibus non opus erat immensam Fabri loquacitatem ad absurda sua demonstranda persequi. Quæstio est, An accipiendo relictum ab herede scripto vel à legatario, aut Statulibero filius amittat Querelam. Ratio adfirmandi; quod agnovit defuncti voluntatem, quæ ratio in omnibus valet. Sed in ipso Quæsito est differentia. Plus enim dubii habet decisio si filius à legatariis acceperit, quod ante aditam hereditatem fieri potest. Sed tum Querela nondum erat, quia testamentum ab aditione vires capit, nata; quod si ab herede acceperit, dici non potest. Concludit tamen, ex eventu, in omnibus idem esse juris. Postremo tres addit errores Faber Tribonianæos, sed revera suos, quorum duo jam à nobis refutati sunt. Primus est, quod auctor legis putavit, pecuniam filio ab herede vel legatario dandam à Patre esse relictam: quod sit falsissimum: Cum sit inanissima Fabri argutia, ut demonstratum est. *Non minus gravis est error*, inquit, *Triboniani putantis ad excludendam Inofficiosi Querelam sufficere, ut filius habere possit legitimam suam ex voluntate Patris. Hoc vero falsum est, nisi habeat etiam ex bonis defuncti.* Quid est Querela, nisi Accusatio judicii Patris? Qui hoc agnovit renuntiare videtur Querelæ, idque docet Papinianus an Ulpianus. Quin etiam quod filius ab alio herede vel legatario conditionis implendæ causâ accepit; Etsi directe, inquam, non veniat ex bonis defuncti, ex iis tamen causam habet, ac inde mediate resultat. Est enim delibatio ejus, quod heres aut legatarius habet à defuncto. *Postremus in hoc §. ubinam. Triboniani error in ultimis verbis continetur, ubi supponit, pecuniam hanc, quæ oblata filio est, habendam esse pro soluta, si filio fuerit oblata*, li-

cet ab eodem *recusata*. Quod si verum est, à me defendi non potest. Sed puto *per omnem* §. agi de pecunia accepta, ut est in pr. Nec enim recusando quod relictum est agnovisse videri potest defuncti voluntatem. Oblationem igitur cum effectu, ut modo dictum, accipiendam esse dubitari non potest.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Unde si quis fuit institutus fortè ex semisse, cum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, & rogatus esses post certum temporis restituere hereditatem: merito dicendum est, nullum judicium movere. Cum debitam portionem, & ejus fructus habere possit. Fructus enim solere in Falcidiam imputari non est incognitum. Ergo & si ab initio ex semisse heres institutus rogetur, post decennium restituere hereditatem: nihil habet, quod queratur: quoniam facile potest debitam portionem, ejusque fructus medio tempore cogere. l. 8. §. 11. d. Inoff. Testam.

1. Instituerat Faber hic sistere censuram in Tribonianum *ad h. l.* & enormes suas invectivas Emblematicas, sed mox relabitur ad hoc, ut præsens etiam §. sit ab ejusdem inscitia. Sententiam §. rursus è Basilicis exhibebimus. *Si heres scriptus rogatus sit, post tempus restituere hereditatem, non agit Querela contra Testamentum, cum ex fructibus medii temporis potest implere portionem legitimam & ejus fructus:* (Ἐν τῷ φαλκιδίῳ γὰρ οἱ καρποὶ ὑπολογίζονται). *In Falcidiam enim fructus imputantur.* Si verum est, quod communiter Interpretes tenent, jure novo fructus post obitum Testatoris perceptos in Legitimam nec ab herede scripto, nec à Testatore imputari posse *l. 36. in pr. C. h. t. Auth. Novissimâ eod. ex Nov.* 18. *c.* 3. quis non videt, alienum esse præsumptu, quod Tribonianus hic Papinianum aliter loquentem fecerit, quem potius si ita scripsisset, ex more suo & ex mente Justiniani ad juris novi imitamentum inflexisset. Quod jure novo diversum ab hujus §. sententia non sit constitutum, nihilo plus causæ mutandi hunc locum Triboniano esse potuit. Quod ad jus Pandectarum attinet, nihil usquam extare puto, quo negetur fructus in Quartam Legitimam vel in Falcidiam imputari. In Pegasianam, sive ut hodie loquimur: Trebellianam imputari, textus est in *l.* 18. §. 1. *ad Sc. Trebell.* Et cum Pegasianum SCtum πρὸς τὴν τοῦ φαλκιδίου μίμησιν, *ad Falcidiæ Legis imitamentum*, sit factum, Unde Falcidiæ nomine passim insignitur *l.* 43. §. 3. *d. Vulg. & pup. Subst. l.* 10. *l.* 30. §. 7. *l.* 47. §. *l.* 68. *ad L. Falcid.* §. 5. *Inst. de Fideicomm. hered.* nihil est causæ, cur secus in lege Falcidia receptum fuisse credamus, neque per ea quæ Faber in infinitum sine Textu disputat, conficitur. Argum. petit ex *l.* 74. *ad L. Falcid.* ubi in Falcidiam imputari dicitur, quod ex judicio defuncti, & hereditario jure percipitur, non quod jure legati aut fideicommissi, vel conditionis implendæ causa. Inde nihil sequitur ad fructus, qui, ut hic est, etiam è judicio defuncti, imo jure hereditario percipiuntur, quia fructus etiam postea percepti augent hereditatem *l.* 20. §. 3. *d. Hered. petit.* Sed inde tamen sequi fructus in legitimam esse imputandos negat enixe Faber, at frustra contra evidentem Textum; quem velit nolit, pro Justinianæo qui obligat agnoscere cogitur, quam argutiis suis auctoritatem vitio creatus Censor inaniter convellit.

Nec rationes ejus efficiunt, ut hoc jus iniquum videri queat. Filius, cui sextans pro legitima debetur, institutus est ex semisse, verum hunc semissem jussus est post tantum temporis alii restituere, ut vel ipse, vel heredes ejus inde sextantem, cum fructibus *τῦ ἐν τῶ μέσῳ medii temporis* tuo commodo percipere possint. Non est causa Querelæ; quia non interest, quo modo Legitimam suam filius habeat, cui adversus inopiam, quatenus Lex eam arcet, quolibet modo cautum est §. *ult. I. de Inoff. test.* Sed an hoc jure novo rectè emendatum dicitur? De liberis primi gradus constitutum scimus, illis in Quartam Trebellii fructus non imputari *l. 6. C. ad Sc. Trebell.* Quod multo magis in Legitima valere dubium non est. Sed de nepotibus & Parentibus nihil quod ad legitimam, vel ad Trebellianicam attinet, extat: Nam quod habetur in *d. l. 36. C. h. t.* Legitimam esse præstandam è *substantia paternâ*, id etiam est in hoc *ipso* §. 11. qui docet fructus in legitimam imputari, sicut in Falcidiam, etsi hæc etiam ex ipsis bonis ipsaque hereditate præstanda sit *d. l. 74. ad L. Falcid.* Ne quidem in *Nov. 18. c. 3. & Auth. Novissima* diversum habetur. Ibi enim statuitur, Legitimam non posse relinqui in nuda proprietate, quia sic filius esuriem non evitaret: Quæ ratio secus habet, In Legitima è fructibus actu & cum plena fruitione colligenda. Ut ad hujus §. abrogationem minime satis literæ extare videatur: Etsi plenior pro liberis & æquitate naturali sententia sic invaluerit, ut ab illa in judicando; quando & alia minus juri consentanea, cujusmodi est quod de utraque Quarta detrahenda receptum est, juris esse creduntur, non sit recedendum. *Busius & Brunnem. hic.*

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Meminisse autem oportebit, eum qui testamentum inofficiosum improbè dixit, & non obtinuit, id quod testamento accepit, perdere & id Fisco vindicari, quasi indignò ablatum d. l. 8. § 14. d. Inoff. Testam.

1. Imo vero non potest neque debet plus perdere, quam quod Legitimam excedit, idque Autumnus & usu receptum esse tanquam melius, idemque à Papiniano in §. *sequ.* adfirmatum esse docet. Ibi enim impubes arrogatus dicitur, aut removendus à querelâ, *aut si egit, nec obtinuit, Quartam ei quasi æs alienum, concedendam.* Et ratio suffragatur, quod Legitima nullo modo, nisi probetur ingratitudo, tota filio vel pro parte subtrahenda sit. Quid enim in eo peccavit filius, quod fulmen exheredationis amoliri seque turpissimâ ingratitudinis maculâ purgare voluit? Respondetur exheredatum si querelâ motâ succubuerit, jam rite justeque à patre exheredatum, sicut est judicatus, ita haberi: Ingrati autem & exheredati ne legitimam quidem, quod ad *L. præcedentem* vidimus, petere possunt. Legata vero sibi tanquam extraneis relicta, quominus amittant, ista ratio non prohibet, & filius ipse, id agens, ut testamentum rescindat, legato satis enixe renuntiasse videtur. Quod autem Papinianus in §. *sequ.* contra ab ipso Ulp. scripsisse dicitur, noli putare, Ulpianum tam cito suæ positionis oblitum contrariæ auctoritatis sententiam collocasse. Impubes ibi fuit admissus ad querelam ipso jure non competentem, cum haberet Quartam ex constitutione divi Pii, ut ipse Papinianus

pianus inculcat. Vel igitur, quod admissio ad querelam pro nullâ, id est, non facta habetur, vel quod impuberi nihil ad pœnam hac causa imputari potest, vel ob utramque rationem, nihil inde contra loci suprà scripti decisionem colligi potest.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edictum.

Si ex causa Inofficiosi pronunciaverit Judex contra testamentum, nec fuerit provocatum, legata non debentur. d. l. 8. §. pen. d. Inoff. Testam.

1. D. Wissembachius; Hodie post *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.* & *c.* 4. *in fin. sola heredis institutio per querelam infirmatur; reliqua omnia in eo testamento relicta debentur, abrogata d. l.* 8. §. *pen* Duar *h. fol.* 183. *Qua fronte ergo Tribonianus gloriatur, se nihil redundans aut superfluum nobis in Pandectarum libris reliquisse l.* 1. *l.* 2. *C. de jure veteri enucl? Ita in Commentario ad h. tit. n.* 3. Responsio est hæc; Satis negotii datum fuit Triboniano, ex duobus librorum millibus & tot discrepantium sectarum auctoribus digerere Pandectas, ut sibi juribusque tum creatis convenirent; ne Vatis etiam & Prophetæ perspicaciam in futurum ab eo desideremus: Ut secundum id quod Imperator suus diu post Pandectas excogitaturus esset, hos libros attemperaret. Miror, Præceptori nostro cum in novissimâ editione textus adderet, quibus id gloriatus sit Tribonianus, non venisse in mentem, jus quod in Novellis demum, quæ Pandectis & textibus illis multo posteriores sunt, innovatum est, argumentum huic censuræ non potuisse præbere justum, nisi quid me fallit hic ipsum; quod inexpectata oblivione viri Cl: quam ex evidentia rei dictum volo.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Si ex causa de inofficiosi cognoverit judex, & pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum: ipso jure rescissum est: & suus heres erit, secundum quem judicatum est; & bonorum possessor, si hoc se contendit: & libertates ipso jure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur, aut ab eo, qui solvit, aut ab eo, qui optinuit: & hæc utili actione repetuntur. Ferè autem, si ante controversiam, motam soluta sunt: qui obtinuit, repetit, & ita Divus Hadrianus, & Divus Pius rescripserunt. l. 8. §. 16. d. Inoff. Testam.

1. Fœtus inscitiæ Triboniani & hic est locus, si credimus Fabro. Primo ob verba, *Si ex causa de inofficiosi cognoverit Judex*, Legendum esse ita. *Si ex causa inofficiosi*, aut, Si ex causa de Inofficioso, vel potius, *de inofficioso*. Cur non *de causa inofficiosi*, ut solum τὸ *Ex* abundet. Adeo modica emendatio sine Triboniani injuria constare non potest? Sed instat: Nullus *judex* unus, de causa inofficiosi cognovit. Centumvirale judicium fuit, ut notum *l.* 13. *h.* 17. *h. t.* A quo nec provocari potuit, quia Centum viri jus faciebant *l. ult. in pr. C. de Pet. hered.* nisi ad ipsum populum, vel Principem de quo tamen parum constat. Hæc objectio facit, ut retinendam putem Lectionem Florentinam, salvo honore Triboniani.

niani. Centumviri de Inofficioso cognoscere solebant. Verum *Ex causa*, id est, extra ordinem, *causa* singulari prorogationis aliæve. Prætor adiri & judex quo minus dari potuerit, nihil obstat, à quo ut semper appellari potuerit, Id sub principatu, sequiori tempore, magis invaluisse credibile erit. Locutio *de Inofficiosi*, concise, subaudito, *Querela*, non est insolens, ipsique Papiniano usurpata in *l.* 15. §. 2. *h. t.* ubi, *de inofficiosi actione expertus*. Instat Faber, ex verbis, *Ipso jure rescissum*, idque *per sententiam*; quod absurdum sit: quia *rescindere* & *ipso jure nullum* esse opponuntur, maxime per sententiam, ut hic, quod facti est. Sed frustra Faber ex usu terminorum Artis probat, ubicunque vox aliqua secus usurpetur, esse locum spurium. Nihil magis *ipso jure* nullum est, quam libertas in fraudem creditorum data *pr. Inst. Quib. ex caus. manum.* Et hæc tamen *rescindi* dicitur in *l.* 5. §. 2. *Qui & à quib. manum.* Imo hæc ipsa phrasis, *ipso jure rescindi*, est in *l.* 64. §. 1. *d. C. & D.* Item, *ipso jure revocari*, quod idem in *l.* 16. §. *ult. d. jur. Patron.* Faber: *Movent me* etiam illa verba; *Et bonorum possessorem, si hoc se contendit*: Pro eo, quod voluit Tribonianus dicere, *si malit. se bonorum possessorem quam suum heredem dicere.* Quasi concisa loquendi genera ubivis obvia, non in laude veteribus habita fuissent Jurisconsultis: cum in hoc quidem nihil offendit, elegantiæ vel sensus gratia? Porro adversus rem ipsam Fabri cavillatio indigna relatu est, cum notius sit nihil, quam filiumfamilias, vel jure civili ut *suum*, vel jure prætorio per bonorum possessionem petere & impugnare testamentum *l.* 12. §. 1. *Bon. poss. C tab.* ut disputatio illius de sui heredis & bonorum possessoris differentia, huic loco nihil obstet. Vult enim nihil aliud Papinianus, quam per victoriam Querelæ Testatorem redigi ad conditionem intestati, ut nihil è Testamento valeat; Sed is qui obtinuit jure civili, vel Prætorio, perinde ac si nullum fuisset Testamentum, sicut jam ipso jure nullum est, hereditatem suscipere possit, quo nihil est verius & simplicicius, nisi quod jure novo accessit temperamentum ex *Nov.* 115. *c.* 3. §. *ult.* Hæc igitur nullius ad censuram assis habenda sunt. Ultimum ejus argumentum est, quod legata soluta, post victoriam Querelæ utili actione repeti dicuntur, cum ipse directam competere actionem existimet, commentum utilis actionis esse Triboniano frequens. Si quid ejusmodi ab hoc esset adjectum ἐμβλημαλικῶς, non foret ejus instituto tam insolens, quam est integrorum subornatio textuum, quam Faber illi impingit. Sed cum legatarii acceperint legata sibi ex testamento debita, ex post facto indebita facta, Nec ipse qui solvit, repetat, censeo condictionem directam minus illis convenire, nihil esse quod utilem non potius requirat. Est in hunc §. censura Fabri inprimis vana & futilis.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Plane si post quinquennium inofficiosum dici cæptum est ex magna, & justa causa: libertates non esse revocandas, quæ competierunt, vel præstitæ sunt: sed viginti aureos à singulis præstandos victori. l. 8. §. *ult. d. Inoff. Testam.*

Mode-

Modeſtinus Lib. ſingul. de Inoff. teſtam.

Si autem intra quinquennium egerit, libertates non competunt. Sed Paulus ait; præſtaturum fideicommiſſas libertates, ſcilicet viginti aureis & in hoc caſu à ſingulis præſtandis. l. 9. Eod.

1. Comicæ rurſus exemplum ſuppoſitionis, ſi Fabro credimus. Papiniani, Ulpiani, Modeſtini, Pauli nomina fictis illorum excerptis ſubjecta, ſine ullo, qui liqueat, ſcopo novi juris interpolandi, ſola fingendi libidine, vel potius inſania, quæ fuerit in hoc luſu dramatico. In favorem libertatis multa contra rationem Juris eſſe conſtituta, Paſſim à veteribus traditum eſt. Inter quæ eſt hoc quod Teſtamento in tempore per Querelam Inofficioſi reſciſſo, libertates non quidem competant; ſed tamen victor quaſi fideicommiſſo à Teſtatore rogatus ſit, libertates iis, quibus relictæ ſunt, præſtare, viginti aureis à ſingulis ſervis pretii loco percipiendis *l.* 9. Quod ſi Querela poſt quinquennium, quo ei præſcribitur *l.* 34. *inf. C. h. t.* inſtituta, & ex magna juſtaque cauſa admiſſa ſit, hæc tamen reſtitutio vel indulgentia non revocat libertates, quæ jam ipſo jure competierunt, vel etiam de facto præſtitæ ſunt, ita tamen, ut victor adhuc aureos xx à ſingulis accipiat *l.* 8. §. *ult.* Numquid eſt in hac re tam inſolens, quam eſt in eo, quod D. Marcus ſtatuit, Libertates in Teſtamento, in quo nomen heredis inductum & deletum eſt, ipſas licet deletas inductaſque, tamen eſſe præſtandas, idque gratis, mero favore libertatis ut eſt in *l.* 3. *in fin. d. His quæ in Teſtam. del. induc.* Faber tamen quicquid eſt in *h. ll.* falſum à Triboniano confictum, & à ratione juris alienum eſſe contendit. Ut de L. 9. prius agamus. Primo illam eſſe Triboniani vel inde patere maxime dicit, quod ſcriptum eſt *libertates non competunt*, Pro eo, quod ſcribi debuit; *Libertates nunquam competiiſſe intelliguntur*. Quo nihil eſt futilius. Præter enim quod nihil intereſt, originem an eventum rei ad quem Modeſtinus ſpectat, exprimas; quid aliud eſt, quod hic habetur, quam quod habuimus in *l.* 8. §. 16. Teſtamentum ex poſt facto cenſeri *ipſo jure reſciſſum*; Ita, ut poſt Querelam nec libertates nec legata, nec fideicommiſſa competant. Verum eſt enim ante Querelam, ſive victoriam ipſo jure illa competiiſſe. Quia teſtamentum, quamdiu reſciſſum non eſt, ipſo jure valet *pr. Inſt. Quib. mod. teſt. infirm. & tit. ſeqq. Nov.* 115. *c.* 3. *paſſim.* Unde re ſubtilius exacta, magis proprie libertates obtenta Querela, non competere dicuntur, quam ante Querelam. Accuſat deinde Faber hæc verba, *Paulus ait*; *Præſtaturum fideicommiſſarias libertates.* Cum enim Querela Teſtatorem faciat inteſtatum, quaſi furioſus fuiſſet *l.* 2. *l.* 6. §. 1. *h.* libertates æque ac alia legata intercidere neceſſe eſt; *Unde falſum hoc eſſe dicere cogor*, inquit ille. Sed quod alias in favorem libertatis extra ordinem receptum eſſe conſtat, & quod nominatim probavimus ex *l.* 3. *d. Hu q. in Teſtam. del.* non patitur huic argumento eam tribuere vim quam Faber prædicat. *Nunquam mihi perſuadebo*, ait, *ita ſcripſiſſe Paulum, cujus contrariam video ſententiam in ipſius ad Scævolam nota in l. Titia* 13. *h. t.* Quæ nihil habet, quam Fideicommiſſa poſt obtentam querelam non deberi; De libertatibus, nihil: Ergo nihil ad rem. *Sed me illud magis*

 movet,

movet, ac pene torquet, ait, *quod non video, à quo hoc fuerit constitutum, ut in singula capita servorum manumissorum viginti aurei præstandi sint*. Et mox: A quo *igitur, nisi à Triboniano Imperatorem, ut passim solet, agente in responsis Prudentium corrumpendis?* Atqui æstimationem servorum vulgarem fuisse viginti solidorum Imperator Constantinus auctor est in *l.* 4. *C. de serv. fugit.* idemque ab Imperatore suo constitutum Papinianus in *l.* 47. *d. Manum. testam.* quod secundum genera servorum distinctim præscripsit Justinianus in *l.* 1. §. 5. *C. de Comm. serv. man.* Unde Bocelmannus olim Antecessor Lugdunensis Bataviæ argumentum sumpsit libelli cujus inscriptio, *Medicus sexaginta solidis æstimatus.* Hæc igitur imbecilla Fabriana sunt.

2. Sequitur, ut ad §. *ult. L.* 8. respondeamus. Negat Faber Libertates, rescisso post tempus Querelæ præscriptum Testamento, minus esse revocandas, quam si in tempore mota sit Querela. Utroque casu Intestati exitum esse nec ideo valere libertates. Atqui sublata vi præscriptionis Querela, ipso jure competunt libertates, Et semel competentes revocari non possunt *l.* 9. §. 1. *d. Manum. vind.* Attamen, quia Testamentum extra ordinem rescissum fuit, heres victor pretium servorum ordinarium recipit. Quid in hoc absurdi, vel incongrui? Quod præterea negat Faber, ullam dari causam justam, ex qua post quinquennium dari possit Querela, primo concedendum est ei non bene designatam esse causam in minore annis 25. cum adversum eum hæc præscriptio quinquennalis ipso jure non currat *l.* 2. *C. In quib. caus. rest. in int. necess. non est.* Sed an à Præscriptione temporali, nulla præter ætatem causa restitutionis datur; Nec Edictum Prætoris, *si qua mihi justa causa* ad illas non pertinet? Imo vel maxime ad illas, ut paret ex ipso Edicto, quod est in *l.* 1. §. 1. *Ex quib. caus. maj.* Postremo grammaticam accusat Faber, eo quod duo infinitivi in *hoc* §. *ult.* sine regimine ponuntur. Quod tamen & sæpe fieri certum est, omniaque minutissima a nobis in digestione legum peccata vindicari non interest Eunomiæ, quam hic satis salvam esse putamus.

Marcellus Lib. III. Digestor.

Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet; humanius erit, sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum pronuntiavit: Nisi si aperte judices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit: l. 10. *d. inoff. testam.*

1. Bernardus Autumn. *Cens. Gall. ad h. l. Finge*, ait, *pars judicum judicat pro testamento, pars contra testamentum, hoc est, pro herede, pars contra pro exheredato: Pares sunt sententiæ judicum; eam partem sequendam censet Marcellus, quæ pro testamento facit, ut explicat Cujacius* (verba Marcelli satis clara sunt,) *quod* BARBARUM & INHUMANUM *apparet ex Constit. Justiniani* Omnimodo 30. *C. eodem:* Adducit & Gajum, qui in *l.* 4. *h. t.* dicat, *Non est consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt; quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti.* Omittit Autumnus Pauli & Scævolæ dictum ad rem pertinens;

ex *l.* 19. *d. liber. & postum. hered. inst. vel exhered.* ubi tradunt, *aliam esse causam institutionis, quæ benigne accipitur, aliam exheredationis quæ adjuvanda non sit.* Pœnalia in universim esse odiosa & restringenda satis constat, in primis talia, quæ liberos à Parentum hereditate jure naturæ sibi debitâ secludunt.

2. Non pigebit hic adscribere verba Wissembachii nostri, libentius ideo, quod cum alioqui proclivis ad Censuram juris Romani sit, hac in re valde ancipiti, partes Eunomiæ Justinianeæ suscipit. Exheredatio filii, *inquit*, rite & rectè à Patre facta, tantum abest, ut sit odiosa, uti favore potius digna censeri debeat. Filium insigniter ingratum, hujus ingratitudinis dare pœnas, justum est. Quæ sunt odiosa odio irrationabili, coarctanda sunt & restringenda: in odiosis vero odio rationabili, interpretationi & extensioni esse locum, multis juris nostri locis adstruitur. Posito ergo, filium rite exheredatum ac testamentum vitiosum non esse, si filius se injuste exheredatum esse in judicio queratur, in dubio præsumptio militabit pro Patre, qui non temere & sine causâ filium exheredasse, non præcipiti consilio isthoc eum fulmine ferisse, ut Quintilianus loquitur, judicatur, vide *Francisc. Sarmient. 4. select. interpr. ad rubr. d. lib. & post. Franc. Duar. ad h. tit. c.* 16. Hactenus D. Wissembach; Ad quæ in promptu esset Autumno regerere; In specie nostræ L. 10. non esse ponendum, quod ponit Vir Cl. filium rite & juste exheredatum esse, ob insignem ingratitudinem. His positis, & posito, valere testamentum, Autumnus ipse non recusaret Marcelli sententiam; verum hic est quæstio de casu, quo dubitatur, an testamentum valeat, an filius sit ingratus & an juste sit exheredatus; cum pars judicum ita quidem senserit, pars æqua in alia omnia iverit, & exheredationem fuisse injustam pronuntiaverit. Quod autem de præsumptione pro judicio Patris adfertur, id ex *l.* 3. & 4. *h. t.* quæ de corruptis Patrum affectibus, instigationibus & blanditiis novercalibus agunt, refelli posse videtur. Nec ad Pauli & Scævolæ auctoritatem ex *l.* 19. *d. lib. & postum.* in mentem venit respondere D. Wissembachio.

3. Plane Humanitatis rationem adferere Marcelli sententiæ, licet hac ipsâ sibi placeat ille; cum Paulus & Scævola benignitatem ei tribuant sententiæ, quæ est opposita exheredationi, *d. l.* 19. difficile factu videtur: Sed probare, juridicam esse Marcelli definitionem, non est difficile. Nam paribus sententiis res manet in statu præsenti. Filio exheredato, testamentum extat rite factum, quo heredes ab intestato excluduntur, sane quamdiu non est subversum *l.* 39. *d. Acquir. hered.* Paribus judicum sententiis subverti non potuit illud Testamentum. Ergo non potest alius esse judicii exitus, quam ut res maneat in statu successionis testamentariæ, ac ita pro herede scripto judicetur. Sed videndum, ne non hoc sit de apicibus juris potius, quam humanitatis, de quâ Marcellus gloriatur. At ego probo, hanc esse humanitatis rationem, quâ paribus judicum sententiis, reus absolvitur *l.* 38. *d. Re Judic.* quod humanitati merito adscribit Seneca, in verbis ex 11. *epistol. Reus*, inquit, *sententiis paribus absolvitur, & semper quicquid bonum est, humanitas inclinat in melius.* Atqui in hac controversiâ de inofficioso testamento filius exheredatus est actor; heres scriptus est reus, pro quo idcirco in dubio responderi & pronuntiari, jubet illa ratio humanitatis, quæ vult, reum esse favorabiliorem, quam sit actor. *l.* 125. *d. R. J.*

4. Sed intelligo, qui cum Autumno sentiat, eum hanc regulam juris existimaturum, hic loci contra naturam causæ trahi. Filius exheredatus est in prædicato passionis & miseratione dignus, in quem favor humanitatis inclinare debeat, uti ne bonis paternis evolutus egeat; neque remotum adhuc est Pauli & Scævolæ benignitatis judicium, ex *d. l.* 19. Hoc igitur testimonium quod attinet, distinguendum reor, inter judicium de requisitis *juris* ad exheredationem necessariis, & de justitiâ causarum, quæ patrem moverunt ad exheredandum, & quæ *facti* sunt. De prioribus agitur in *l.* 19. Exheredatio est, quasi sententia mortis à patre lata contra filium; Est enim declaratio, quod sit indignus, qui vivat; alimentis privatus, adeoque ad statum redigendus, in quo vita supplicium, mors solatio futura sit. Hanc sententiam Leges multis requisitis obseptam fecere difficilem, ne pater ullo modo ad eam progrederetur, nisi animo plane peremptorièque determinato, cum via Institutionis & beneficii plana sit & libera; Et hoc Paulus ac Scævola volunt *in d. l.* 19.

5. Sed quando Pater animum ita induxit ac obfirmavit, ut omnia juris requisita in exheredando filio observaverit, si tum de causis, quæ moverint illum & determinaverint, ambigatur, quid dicemus? An non humanitatis est hæc præsumptio, quod parens ad tam gravem ac atrocem contra filium sententiam non fuerit progressurus, nisi ad extremas patientiæ lineas redactus, justaque in filium irâ incensus ita consulendum putasset? Enimvero si apparuissent instigationes & blanditiæ novercales, haud ita è diametro judicum sententiæ *in h. l.* discrepassent. Facta dubia fuerint oportet, quibus divulsæ fuere judicantium opiniones. Et fortior est ratio, quin etiam humanior, id est, humanæ naturæ convenientior, inclinare in eam partem, quæ non tam facile Patri prolis amorem & prudentiam defuisse, quam in filio abundasse procaciam & nequitiam præsumat: Cui si addatur ratio necessitatis juridicæ, quæ paria judicum suffragia reo addicit, nec quicquam novi, sine prærogativa numeri sententiarum admittit, nihil amplius ambigendum superest, quin hic locus à Censura liberandus, absolvendus sit.

Paulus Lib. 2. Quæst.

Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, & ideo universam hereditatem, non rectè vindicasset, hic, si optinuerit, uteretur rei judicatæ auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. l. 17. §. 1. *d. Inoff. Testam.*

1. Contra sententiam hujus loci cum disputet Faber, intelligit Lector, eum in Triboniani calculos referri; cujus plagis accipiendis tergum latius est, scilicet, quam veterum Juris-Consultorum. Ex ratione juris admitti non posse distinctionem, utrum heres scriptus responderit, vel non. Etsi per defectum heredis non respondentis Testamentum sit rescissum. Lega a nihilominus peti non posse; contra quam in *h.* §. Quia licet heres non responderit, sententia tamen non tam

adver-

adversus heredem, quam contra Testatorem vel potius Testamentum fertur ablata ei factione Testamenti, sine qua libertates & Legata nullo modo valere possunt. *Qua ergo fronte legatarii petere possunt legata, ex testamento per eum facto, qui furiosus ac demens fuisse existimetur*, ait ille. Dicam, unde constat, Testatorem compertum esse furiosum aut judicium ejus inofficiosum? Siquidem de meritis Querelæ non fuit disceptatum; Sed moventi Querelam hereditas adjudicata fuit, ob heredis scripti contumaciam, non per causam iniquæ accusationis. Ergo bene Jurisconsultus & temere Faber censor. Cujus jam nulla ratio criseos quam sic instituit: *Non dubito*, ait, *quin Paulus ita* scripserit; *Cum contra Testamentum ut Inofficiosum judicatur, testamenti factionem defunctus habuisse non creditur, & ideo libertates non competunt, nec legata debentur*; dimidia parte §. inductâ, & duabus insertis negationibus, quasi à Triboniano additis aut subtractis. Ostentatio inanis ingenii versa in contrarium.

Tryphoninus Lib. 17. Disputat.

Filius non impeditur, quo minus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater ejus legatum ex testamento matris acciperet; vel adisset hereditatem, quamquam in ejus esse potestate, nec prohiberi patrem, dixi, jure filii accusare, nam indignatio filii est. l. 22. d. Inoff. Testam.

1. Notum est, hunc textum dedisse occasionem Alciato 4. *Paradox*. 3. adsentiente Duareno, *ad h. t. c.* 15. statuendi Bona materna filii olim etiam effugisse paternam acquisitionem, saltem, ut quidem limitant Avetinus & Decius apud Pinellum ad *l.* 1. *d. Bon. mat. n.*22. *in pr.* in casu Querelæ inofficiosi: Quod cum aliter constet ex §. 1. *Inst. Per quas pers. cuique acquir. & ex l.* 1. *C. de Bon. mat.* ubi primus Imperator Constantinus hoc jus introduxit, quo filiis proprietas, ususfructus Patri addicitur; secus autem erat Jure Pandectarum *l.* 79. *d. Acquir. hered.* Ideo Quot & quam variæ, ad hoc conciliandum interpretationes hujus loci dentur, videre licet apud Pinellum *part.* 1. *ad l.* 1. *de bon. mat. n.* 21. *& seqq.* Quas omnes Faber una litura delet, eosque nihil sapuisse docet, eo quod non animadverterint Triboniani flagitium, qui sub nomine Tryphonini sit auctor *hujus* §. 1. In quam rem quæ prolixe disputat, ea rursus uno spiritu diflantur, hac interpretatione, quam Pinellus probat ex Socino ad *d. l.* 1. *n.* 24. & hos sequutus D. Wissembachius *ad h. t. n.* 7. Patrem hic non esse questum de Inofficioso, ut commodum victoriæ filio pararet; hoc enim illo tempore fieri non poterat; Sed filium movisse Querelam, ut Patri commodum victoriæ pararet; Quod si est ita, cadunt omnia, quæ Faber aliique movent vel ad explicandum, vel ad arguendum Tribonianum. Esse autem ita non modo nihil est in Textu quod prohibeat, sed juris ratio, ut diximus, id omnino exigit. Nec quenquam moveat, quod in *fine pr.* Positio est, quod filius non impeditur accusare testamentum matris inofficiosum; Cui subjungitur Quæstio, si non obtinuisset: in accusando, an quod *Patri* legatum fuit, publicaretur; Nota *Patri*, quod non diceret, si Patri Querela daretur. Quid enim hoc esset? Quærebatur: si Pater non obtinuisset, an quod

Patri &c. Major inconcinnitas illa foret, quam in iis quæ Faber objicit: quale est hoc; Inconcinnum est, inquit, hoc, an quod Patri datum est publicaretur; Scribi debuit, *quod datum esset*. Nugæ, nec Grammatica id exigit omnino, nec Jurisconsulti talibus adstringi se patiuntur. Quid vero Faber non arguit hujus *L. princip.* ubi Impeditur, quominus accusaret, Quid ni scriptum oportuit, *accuset*. Mox, *Accusaret, si pater legatum accipiet*. Imo acciperet. In his Faber nihil desiderat. Quod est levius redarguit. Alia sunt quæ persequi piget, *ad b.* §. 1. Pergit adversus §. 2. Filius agens Querela decessit, Ego heres filii & legatarius in Testamento Querelam persequor & succumbo. Legatum mihi non negatur: Quod si proprio nomine egissem, amitterem. Pœnalis hæc constitutio non extenditur, ultra eum, qui primitus ultro movit Querelam, non ad heredem, qui magis incidit in illam, quam elegit. Quid Faber ad hæc? nihil quam sua commenta; non levius offendere memoriam Testatoris heredem, quam defunctum & similia, quæ ex hypothesi ratione jam reddita facile refellas. Captat ultima verba; *Utique si jam defunctus agere cœperit*, ut supervacua, jam præmisso, *filius agens decessit*: Cujusmodi repetitio nonnisi in Triboniani ineptiam cadat. Quasi Tryphonino indignum esset, rationem decisoriam, ne lectorem falleret, inculcare denuo. In §. *ult.* culpat rationem; *Quia non sum indignus, ut auferatur mihi à Fisco quod derelictum est; Cum non proprio nomine, sed jure cujusdam successionis egi*. Ratio duplex inepta & principium petens. Acumen hominis. Positio est. Arrogator nomine filii adrogati movens Querelam & succumbens, legatum sibi relictum non perdit. Quid ita? Cum legatarius per Querelam se indignum legato reddat? Respondetur, non fit indignus: Id enim statutum est in eum, qui proprio nomine questus est, non is qui aliquo modo in Querelam successit, ut Arrogator. Nihil hic τὸ ἐν ἀρχῇ reperiet, qui à fine principium discernere novit. Quod jus successionis negat in Arrogatore, si particula *quodam*, non absolvat hanc calumniam, frustra homini loquaci pluribus obsistas.

Ulpianus Lib. VI. Opinion.

De inofficioso testamento nepos contra patruum: vel alium scriptum heredem, pro portione egerat, & optenuerat. Sed scriptus heres appellaverat. Placuit, interim, propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatium, quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vindicabantur; decerni, eaque adversarium ei subministrare necesse habere usque ad finem litis. l. 27. §. 3. d. Inoff. Testam.

1. Duplex nota Tribonianismi & erroris à Fabro memoratur. Prima, quod in causa Inofficiosi *appellatum* dicitur, cum fuerit causa Centumviralis; Et à centumviris non appellabatur, qua de re diximus ad §. 16. *l.* 8. Probat appellari non potuisse ex *l. ult. C. de lib. Præt.* quæ nihil ejusmodi habet. Sed lex *ult. in pr. C. de Petit. Hered.* prædicat *magnitudinem & auctoritatem centumviralis judicii qua non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi*. Sed non agit de Appellatione, agit de præjudicio, ne petitio hereditatis eludatur, idem quod est in *l.* 5. §. 2. *d. Hered. pet.* Appellari potuit à sententia de Inofficioso in Provinciis lata,

ut ipse Faber concedit. Ex causa etiam, id est, extra ordinem in urbe Judex dari potuit, à quo appellaretur, *d. l.* 8. §. 16. A centumviris autem ipsis ad Principem, consequenter & ad Præfectum Prætorio, qui vice sacra judicavit *l.* 16. *C. Theod. de Appell.* sine dubio appellari potuit. Denique Faber ipse, multitudine locorum, qui appellationis in hoc judicio meminerunt, hoc Tribonianeæ corruptionis specimen repudiat. Altera Triboniani erroris nota est, in his verbis: *Nepos contra Patruum suum, vel alium scriptum heredem, pro portione, egerat & obtinuerat.* Hoc adversus alium quàm Patruum vel qui jus ab intestato idem cum nepote habeat, fieri posse negat Faber; quia si heres alius fuerit scriptus nepos solus habens ab intestato jus necessario totum evertat Testamentum, neque *pro parte* agere & obtinere possit. Quasi non sæpe contingat, ut è pluribus qui de inofficioso queri possunt, unus tantum agat, qui non nisi partem suam petit, Etsi alter idem ab intestato jus habens ad suam partem deinceps admitti possit *l.* 17. *in pr. h. t.* Sed hic nihil quam de actione instituta ac obtenta, de effectu rei judicatæ nihil adfirmatur. Et sic irritus est censuræ Faber.

Ulpianus Lib. VI. Opinion.

De testamento matris, quæ existimans periisse filium, alium heredem instituit, de inofficioso queri potest. l. 27. §. 4. *d. Inoff. Testam.*

1. Faber: Mihi ut verum fatear, *inquit*, non modo dura, sed etiam impia videtur hæc sententia; Ut scilicet, filius quem mater ignorans præterlit, cum eum existimaret, non vivere, furiosam eam fuisse possit & ausit dicere. Potest quidem dicere nimis credulam fuisse matrem, quæ falso rumori tam facile crediderit. Sed longe aliud est, nimiam credulitatem ei objicere, aliud vero dementiam & furorem. Deinde, quid si ab omnibus ita credebatur, filium hunc periisse? Quid si rumor ab iis cœperat, qui, ut in magno mendacio usu venire solet, dicerent, se filium mortuum vidisse? An non possunt ista omnia facere, ne quid per furorem & amentiam à matre factum videatur &c. Itaque puto, corruptum esse hunc locum, & addita negatione, sic restituendum ut legamus, *de inofficioso queri non potest.* Hactenus Faber, cujus censura probabilior fit ex *argument. L. sequ.* 28. quæ sic habet.

Paulus Lib. singul. de VIIviral. judic.

Cum mater militem filium falsò audisset decessisse, & testamento heredes alios instituisset: Divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates, & legata præstentur, hic illud adnotatum, quod de libertatibus, & legatis adlicitur. Nam, cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet. l. 28. *d. Inoff. Testam.*

1. Hanc legem veteres Azo, Bartolus aliique vulgo, ita accipiunt, quod filius miles hic etiam moverit Inofficiosi Querelam, cum alioquin à matre prætc-

ritus hereditatem consequi non potuerit §. *ult. I. de lib. exhered.* Sed inexpectatum est, quod ex Hadriani rescripto hereditates & legata præstentur, cum è testamento per Querelam rescisso, jure Pandectarum nihil valeat aut debeatur. Ideoque in verbis *seqq.* Paulum id improbasse volunt, ut verbo *notandi* plerumque designatur: vel, si Jurisconsultum Imperatoris sententiam improbasse nefas est dicere, id ut valde inusitatum & Imperatorium adnotasse Paulum dici potest. Quid Faber. Prolixè & acute disputat, Hadrianum adjudicasse hereditatem filio quasi instituto, ex præsumpta matris voluntate, quæ si filium vivere scisset, eum sine dubio heredem instituisset. Hinc eum ad hereditates & legata præstanda teneri, quibus si per Querelam obtinuisset, nullo modo, præsertim miles, obligatus fuisset. Filium à matre præteritum maternæ pietatis conjecturâ loco heredis scripti habendum probat ex *l.* 3. *C. h. t.* Sed quod ibi additur, si quidem extranei sint heredes Querelam præterito dari, probat hic etiam Querelam convenire; quoniam & in hac specie heredes extranei sint instituti. In *l. ult. C. de Heredibus instit.* quam etiam adducit, nihil huc pertinens extat. Secundum hanc interpretationem statuit Faber §. *ult. l.* 27. ab imperito interprete quondam ad marginem fuisse adjectam, ut argumentum ac epitomen *l.* 28. qui sic etiam erraverit, ut Bartolus, Azo aliique, intelligendo *l.* 28. de Querela Inofficiosi. Quam epitomen ad oram libri appictam librarii deinceps in textum, ut partem *l.* 27. receperint. In qua opinione Faber ita disputando incaluit, ut hanc suam interpretationem non conjecturam, verum *sententiam* esse prædicet. Arguit etiam τὸ *Queri* in §. *ult. l.* 27. passive positum solœcè. Quid dicemus? Ure, seca corpus male sanum Juris? Imo abstineamus chirurgia, ubi non est desperata medicina. Legem 28. de casu Querelæ accipiendam esse, probat analogia Juris, quæ non dat aliud filio à matre præterito remedium, & præcedens §. *ult.* & ultima *l.* 28. verba, quæ arguunt Paulum illam facti speciem accepisse de Querelâ. Sed cur filius miles ad legata præstanda tenetur, quæ per Querelam intercidissent? Quia materni erroris innocentia meretur, ut ejus voluntas ex parte servetur, quatenus filium si vivere scisset, exheredasset, equidem minime facile tamen legatis aliquot & libertatibus onerasset. Hac etiam ratione minuitur censura Fabri, quod durum & impium sit, matris ut furiosæ judicium accusare, quod fit per Querelam *l.* 2. *h. t.* quatenus hoc non fit, quia legata saltem quæ reliquit, servantur. Id enim ex *l.* 28. reducendum ἐν κοινῷ ad §. *ult. l.* 27. omnino statuendum. Præter quod Faber istum furorem odiose captet ut maternæ contumeliosum memoriæ, cum satis constet, eum à Juris auctoribus esse repertum reverentiæ erga parentes conservandæ causâ, qua de re diximus ad *l.* 2. *h. t.* Particulam *Queri* passivè positam, vel non mirabitur, qui *deponentia* pleraque medii usus esse meminerit, inprimis in Jure frequenter, ut *tuebitur* in *L.* 17. *d. Injust. Testament.* vel dicet, concise vocem *filius* omissam & detritam.

Paulus

Paulus Lib. singulari de VII viral. judic.

Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso arguere volo, non mihi nocebit: maximè si eam portionem non possideam, vel jure suo possideam. l. 31. §. 2. d. Inoff. Testam.

1. Quid hoc est? Meus cognatus heres institutus est à Patre meo, & ego exheredatus, mox heres factus sum illius cognati mei. Quid opus mihi Querela, cum ipsam hereditatem, quam per Querelam petere volo, mediate adeptus sim? Bartolus hoc casu Querelam adversus legatarios, saltem exceptionem, si petant legata, ut in *l.* 8. §. 13. *h. t.* moveri putat. Sed melius Faber, cognatum cui filius successit, pro parte fuisse heredem à Patre scriptum. Partem reliquam filius à coheredibus per Querelam petet, quia nihil percepit ex judicio Patris, quod ipsum à Querela excluderet. Ideoque licet illam partem quam cognatus è testamento Patris adeptus est, possideat; eâdem ratione non videtur à Querela contra alios heredes excludendus. Ideo versum hunc; *maxime si eam portionem non possideam, vel jure suo possideam*, censet imperitè à Triboniano esse adjectum: Et prætereahæc verba; *jure suo* esse corrupta, legendum, *pro suo*. Sed cui bono Tribonianus hunc versum adjecisset? Ipse fatetur Faber, si non possideat filius illam partem, quam cognatus è testamento Patris ipsius adeptus est, liquidiorem esse causam illum admittendi ad Querelam. Quod sufficit ad usum & sensum hujus versiculi; Idemque *vi maxime* præ se fert ac indicat. Verba *suo jure*, videntur hoc velle, si partem illam alio quam hereditario jure, peculiari, proprio jure veluti emptionis possideat. Atque hoc verba *suo jure* latine & eleganter significant.

Paulus Lib. singul. de Inoff. Testam.

Si legatario heres extiterit exheredatus, petieritque legatum: videbimus, an sit summovendus ab hac accusatione, certum est enim judicium defuncti: & rursus, nihil ei ex testamento relictum, verum est. Tutius tamen fecerit, si se abstinuerit à petitione legati. l. 32. §. 4. d. Inoff. Testam.

1. Hunc quoque §. à Triboniano male esse consutum & Paulo intrusum censet Anton. Faber. Quod ut examinetur, idonea paraphasi locum illustrabimus. Pater, exheredato filio, uxorem heredem instituit, fratri legatum reliquit. Hic frater filium Testatoris exheredatum reliquit heredem suum. Et hic legatum patruo suo relictum petit è testamento Patris. Quæritur, an hac petitione legati amittat Querelam? Ratio adfirmandi, quia *certum est judicium defuncti* à quo legatum debetur. Petendo igitur hoc legatum filius agnovisse videtur judicium defuncti, ac ita Querelam amittit. Ex adverso verum est, nihil isti filio esse relictum in Testamento, cujus agnitione amittere debeat Querelam. In dubio tamen tutius à petitione legati abstenturum esse concluditur. Quid in his absurdi? Nam quod Faber ait, modum ita dubitanter loquendi & disputandi Triboniano esse fa-

miliarissimum, ideoque eundem inde redargui autorem *hujus* §. tam vanum est, ut potius inde pro veteri auctore præsumendum sit, cum illos ita passim differentes videas. Ulpianus in *l.* 3. § *ult. Naut. caup. stab. Novissime*, ait, *videndum* &c. *Et Pomponius dubitat: Sed magis est &c.* Ea nempe in consulendo & respondendo fuit veterum JCtorum modestia, ut hæsitabundi & quasi fluctuantes judicarent de re, de qua minime ambigebant, quod confertim observantes Interpretes, adductis plurium locis, probat Wissembachius *ad Tit. π. de Pignor. n.* 2. Idcirco nec alienus sim ab eo, quod Faber existimat, ultimis verbis, utcunque suspensis indicari sententiam; abstinendum esse petitione legati, decretoriam: ut Querelæ jus sit illibatum. Verum quod Faber rationes dubitandi inanes & Paulo indignas judicat, in eo injuriam facit & Paulo & Triboniano, ut è dictis colligi potest: Nec enim pluribus verbis ad rationes illas contra Fabrum inducendas, utilibet. Sed cur heres legatarii petendo legatum magis excidit Querelâ, quam heres heredis, quem modo vidimus possidendo res è testamento alii relictas non amittere Querelam? Ratio est, quoniam filius exheredatus accipiendo hereditatem, sibi à scripto herede relictam in qua est pars bonorum Patris, non agnoscit hujus judicium. Successionem enim heredis scripti habet ex hujus, non ex Patris sui judicio. Sed legatum etsi non sibi, sed alii cujus heres est à Patre suo relictum petens, agnoscit Patris judicium, & supponit ejus valere Testamentum, quod ad sustinendas dubitandi rationes, adversus Fabri argutias sufficit.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Si quis libertatem ex testamento sibi competisse dicat, non debebit judex de libertate sententiam dicere, ne præjudicium de testamento cognituro faciat, & ita Senatus censuit. Sed & Trajanus rescripsit, differendum de libertate judicium, donec de inofficioso judicium aut inducatur, aut finem accipiat. l. 7. *in pr. d. Hered. Pet.*

Etiam huic legi ut subornatæ movet controversiam toti Faber, ut non modo Ulpiani nomine commentarium finxerit integrum, sed etiam Senatus-Consulta & Imperatorum Rescripta falso allegaverit. Quo quid insanius aut stultius, & incredibilius? *De principio h. l.* primo quid est argumenti? *Competisse* libertatem dixit, quæ competit in præsenti. Præjudicium *cognituro* Judici, cum fiat cognitionis ut Haloander legit, & legeret Faber scilicet nisi Triboniano melius perversa lectio, quam recta conveniret. Denique *induci* judicium, pro *aboleri* negat recte dici. Nihil horum ad arguendam subjectionem valet. *Competisse*, præter quod ejusmodi temporum enallagæ JCtis frequentes sunt; dixit, respectu Querelæ, qua Testamentum præsumitur rescindendum, quo facto libertates tamen *competisse* dicuntur idemque dum pendet judicium, non est insolens dictio. Præjudicium ut causæ, ita judici rectè fieri dicitur. Habet enim is quod in judicando sequatur, ubi quod sententiæ eventum supponit, prædecisum videt. Libertas in testamento relicta per sententiam approbata fit, Inofficiosum hoc, id est, rescindendum esse non potest. *Inducere* pro cancellare, abolere, tersum & Latinum ipsique Budæo Latinitatis Arbitro in *hac L.* probatum & melius, quam Fabri,

Fabri, quod substituit, *excludere*. Alia adversus sententiam *hujus princ.* realia non protulit Censor: Occupatior ad §. 1. qui sequitur.

Ulpianus Lib. XIV. ad Edict.

Ita demum autem sustinentur liberalia judicia, si jam de inofficioso judicium contestatum est. Ceterùm, si non contestetur, non exspectantur liberalia judicia, & ita Divus Pius rescripsit. Nam cum quidam Licinnianus de statu suo quæstionem patiebatur, & ne maturius pronunciaretur de condicione sua, volebat ad liberale judicium ire, dicens suscepturum se de inofficioso testamento judicium, & petiturum hereditatem, quia libertatem, & hereditatem ex testamento sibi defendebat: Divus Pius ait, si quidem possessor esset hereditatis Licinnianus, facilius audiendum: quoniam esset hereditatis nomine judicium suscepturus, & erat in arbitrio ejus, qui se dominum esse dicit, agere de inofficioso testamento judicium: nunc verò sub obtentu judicii de inofficioso testamento ab ipso Licinniano non suscepti per quinquennium non debere moram fieri servituti. Planè summatim æstimandum judici concessit, an fortè bona fide imploretur judicium de testamento: &, si id deprehenderis, præstituendum modicum tempus: intra quod si non fuerit contestatum, jubeat judicem libertatis, partibus suis fungi. l. 7. §. 1. d. Hered. Petit.

1. Quando res in hoc erat, ut Querela expectaretur, judicium de libertatibus in Testamento relictis differebatur, ut in *pr.* scriptum. Id hic limitatur; si judicium Inofficiosi jam contestatum sit, adde, vel speretur contestatum iri: Nam si hoc incertum fuerit, non differtur. *Et hic primus versiculus*, ait Faber, *Triboniani manum & inscitiam in tota hac lege detegit, non enim judicii contestatio fit sed litis l. un. C. de Lit. contest.* Atqui litis nomen omnem actionem significat *l. 36. d. V. S.* Actio autem & Judicium pari passu ambulant, ut definitio Actionis indicat. Quin ausim dicere, *judicium contestari*, propriissime dici, utcumque *litem contestari* magis obtinuerit. Festus; *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio, utraque pars dicere solet, Testes estote.* Hoc est, verissime, *Contestari judicium*, id est, adhibitis testibus agnoscere judicium ordinatum, quod actu mox apud judicem instituebatur. Frustra igitur Faber: Non est Judicii contestatio, ubi nullum adhuc est judicium. Imo judicium est ordinatum à Prætore, quod ipsum partes contestantur, antequam id apud judicem peragant. Dixi accuratè in *Prælect. ad Tit. de Judic. n. 21. ubi de Lit. contest.* Arguit etiam *contestari* passive dictum; quod ait, solius esse Triboniani cum sit *deponens*. Furor hominis! Cum nihil vulgatius, *Lis contestata* ubi non? Videsis Brissonium in *Lite*, à verbis, *Interdum passive*, & ingens textuum agmen sequitur. Arguit adhuc, *Expectari*, pro differri. Quid sibi vult? Querelam minatur filius. Expectatur liberale judicium tantisper. Ecquid hic insolens, aut detortum? Ad rem verò; Falsum ait esse, non differri liberale judicium, si lis contestata non sit, quod hic habetur. Indigna captio! Quis non videt ex re ipsa & ex sequentibus, verba, *si non contestatur*, hunc habere sensum; *si contestatio plane non fiat*, vel incerta sit, ferè ut Accursius, contra quam Faber invita si non grammatica, Dia-

 lecti-

lectica ſane argutatur, ut Accurſii quoque ſenſum Cujacius ſequitur 9. *obſ.* 27. ſicut eundem, adfirmant rem ea quæ ſequuntur. Nam facti ſpeciem quæ ſubjicitur ex reſcripto Divi Pii non convenire propoſitioni, de tempore litis conteſtatæ in puncto acceptæ palam eſt; unde non error Triboniani, quem falſo arguit Faber, ſed intellectus Ulpiani in *principio* §. recte probatur, eum ſcilicet non litem conteſtatam præciſe, ſed ejus ſpem indigitaſſe ut etiam in *fin. h. l.* eandem adhuc rem tractans, ait circumſpectius, *licet judicium de Teſtamento moveri ſperetur.* Species facti, quam Faber inepte à Triboniano hic adhibitam ineptus ipſe, contendit, & de qua Gloſſa laborat, hæc eſt opinor. Licinnianus ſervus heres inſtitutus & manumiſſus à domino, in teſtamento à filio Teſtatoris exheredato in ſervitutem vindicatur. Replicat, ſe eſſe heredem & liberum. Veniat filius & agat Inofficioſi; Ego, inquit, ſuſcipiam judicium, & vice verſa hereditatem petam; per reconventionem. Interim differendum eſt liberale judicium ne fiat præ judicium. Bene, ait D. Pius ſi Licinnianus poſſidet hereditatem. Tunc enim filius agere poteſt Querelâ & litem conteſtari, cum vult. Si vero filius poſſideat hereditatem, & vindicet Licinnianum in ſervitutem, hic petere non poteſt ut judicium liberale differatur prætextu Querelæ. Nam hanc filius poſſidens hereditatem non movebit, ut fruſtra Licinnianus ad judicium Inofficioſi quod toto quinquennio incertum eſt, provocet. Ipſe petat hereditatem incontinenti vel petat à judice modicum tempus, intra quod petat hereditatem, ad quam filius per Querelam reconventionis modo reſpondere tenetur. Hæc ſpecies ſi bene cohæret, ut puto, exactè cum *pr. & fine h. l.* conſentit, infinita Fabri diſputatio in irritum evaneſcit. Quid in phraſibus hæreamus? *Cum patiebatur, nolebat*, pro, *pateretur nollet*, quibus Grammatici promiſcue ſubjunctivo vel indicativo utuntur, ut JCti inprimis talium incurioſi ſunt, Faber pro ſolœciſmis Triboniani habet. Faber: Ergo ne quod Ulpianus idem, habet, *cum prædiximus*, *in l.* 20. §. 4. *h. t.* quod alius diceret, *prædixerimus*, id etiam Triboniano adſcribet? Non facit ipſe Faber id quidem. Ne hoc quidem *Cum* Imperator *reſcripſit*, pro reſcripſerit, in *l.* 26. *d. Pign. act.* Alibi; *Quod cum eſt*, pro *ſit in l.* 7. §. 6. *h. t.* Inſultem lectori plura cumulando, obvia paſſim. Captat etiam, *ne maturius*, pro, *ut tardius*, pronuntiaretur quod ſcribi debuiſſet, ait, male; Nam ſi quid intetſit. Licinnianus fugiebat liberale judicium; Nec id agebat, *ut* Sed *ne* pronunciaretur. Verba Dicens *Suſcepturum ſe de inofficioſo teſtamento judicium, & petiturum hereditatem*, Faber ita emendat, *& petitionem hereditatu.* Sed hoc ut Supervacuum expoſitione noſtrâ occupavimus. An & hæc Tribonianiſmi excuſabimus, quod invidet Faber, *agere de inofficioſo teſtamento judicium*, pro, *agere judicio.* Agendi verbum quam variè ſumatur & conſtruatur omnibus notum eſt. Atqui *agere crimen*, dixit Martianus in *l.* 3. *Expil. Heredit.* Litem agere *l.* 3. §. 2. *d. Tutel.* ubi Ulpianus idem qui hic. Imo Gajus in *l.* 28. §. 1. *d. Stipul. ſerv.* ita ſcribit; *Eum ſocietatis judicium rectè acturum.* Plura habet Briſſonius in *Agere* & Agi; Judicium enim Agi eſt in *l.* 1. *l.* 20. §. *famil. l.* 40 *l.* 48. *l.* 55. *Famil. ercisc.* quod eſt ejuſdem uſus cum *agere*. Gratis igitur Faber, *Quis unquam ex Prudentibus ita locutus fuiſſet?* Prætereo cæteræ leviora. Poſtrema verba, quæ Faber ex omnium Interpretum ſententia monet eſſe difficillima & obſcuriſſima, ſatis occupata ſunt in expoſitione

tione nostra *verbis ultimis*, ut prolixam Fabri disputationem, & insectationem Triboniani persequi & refellere nihil opus sit; ut mihi quidem videtur. Ad §. *ult.* etsi stylus à prioribus non abhorret, nihil ad Eunomiæ rationes pertinens movet Faber.

Ulpianus Lib. xv. ad Edictum.

Quid, si quis hereditatem emerit? An utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est. Sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, & bonæ fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeat? Et putat Gajus Cassius dandam utilem actionem. l. 13. §. 4. d. Hered. Pet.

1. Quando possessor Hereditatis hanc vendidit, habens pretium æquè tenetur hæreditatis petitione, quam si res haberet. Emptor non tenetur, nisi cum malæ fidei est, utiliter, *h. l.* 13. §. 8. Aliquando tamen & bonæ fidei emptor utili hereditatis petitione tenetur, si venditor cum effectu conveniri non possit, ut si non extet, nec heres ejus, vel tam parvo pretio, quod rerum loco succedit, bonâ fide vendiderit, ut operæ pretium non sit hoc petere, tum putat Ulpianus ex sententia Gaji Cassii, utilem in emptorem H. Petitionem esse dandam; quasi hoc esset commodius ipsi, quam singulis vexari judiciis quod emptor evitare non posset, ut carptim singulæ res ab eo petantur, quod omnis possessor pati debet. Ita speciem *h.* §. accipimus, non de emptore malæ fidei; contra quem articulum prolixe disputat Faber, è *d.* §. 8. *h. l.* 13. aliaque congerit à nostra expositione aliena vel per eam occupata. Non dubitat tamen Faber, quin hic locus sit Triboniani, male & imperite consutus. Multa opponit. Primo, quod non adjecit hunc casum, si venditor solvendo non sit, cum æquipolleat his, quos expressit, idque verum est; Sed ego pro certo habeo hos casus exempli gratia positos illum si venditor solvendo non sit, complecti. Alia objectio; Venditor hereditatis non tantum de eo, quod percepit, sed etiam de eo quod plus fuit in hereditate, tenetur, si negotiationis causa & non ex necessitate vindiderit, idque licet bonæ fidei possessor sit *l.* 48. *h. t.* Quid igitur ad rem pertinet, quod modico vendiderit? Respondet ipse Faber ad *l.* 48. Hoc esse intelligendum, de possessore qui bonam fidem habuit ab initio, Sed qui post litem contestatam vendidit: Nam antea bonæ fidei possessorem nonnisi qua locupletior est factus, teneri *l.* 25. §. 11. *& pass. h. t.* constat. Tertio objicitur: Utilis actio semper heredi danda est, cum alioqui præjudicium patiatur, quod non res ipsas, sed pretium recuperat, quod ei obtrudi non debet cum res ipsæ supersunt. Resp. Non potest facere, ut hereditatis petitio detur adversus eum, qui titulo singulari possidet regulariter, per *l.* 18. *d. Fideicommiss. libri.* Sed exceptis casibus ob æquitatem potest, ut fit in *hoc* §. 4 & §. 8. Quæ de stylo arguit Faber hoc loco, minuta & inania sunt; *Deberet*, pro *debeat*. Atqui Ulpianus idem in *l.* 5. *d. R. Jud. Pertineret*, pro *pertineat*, & similia *passim*. Inanius est, quod ab Emptore dicit ad venditorem subito fieri transitum: Nemo qui textum inspicit, probari desiderabit, hunc esse transitum

bene connexum; vel potius, non esse transitum, sed monitum obiter factum; at necessarium. Nihil igitur profertur, quamobrem quod Faber contendit à Triboniano esse intrusum in hanc legem, non sit verum; Emptorem hereditatis, qui Titulo possidet aliquando utili hereditatis petitione teneri; casibus inquam certis. Nec ideo consentiendum est Fabro, verba §. 8. *h. t. sed ut emptor hereditatis utili tenetur*, esse à Triboniano. Quatenus Emptor est, non potest in eum convenire petitio hereditatis, quia titulus particularis ab universali actione abhorret. Attamen quia possessor est Universitatis, fieri potest ob æquitatem, ut universali utiliter teneatur. Quo pacto *Lex* 2. *C. h. t.* se cum hoc textu *in* §. 4. habeat, de quo multa Faber, diximus *in Prælect. ad h. t. n.* 4. *&* 5.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Idem erit dicendum, & si parvo pretio jussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus, adversus fideicommissarium dari actionem. Ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente. l. 13. §. 5. *d. Hered. Pet.*

1. Faber ad §. *sequ.* de ultimis hujus §. verbis: *Est ratio plane*, inquit, *inepta & Triboniano digna non Papiniano, qui nec posuerat, jussum heredem vendere hereditatem pretio modico, sed pretio simpliciter.* Nimis fidenter, pro ratione, qua videre se credit, quod est nusquam. *Cum non ad juris rationem pertineant hæc verba*, inquit, *sed ad utilitatem actionis, ex qua tamen nemo dixerit, rationem juris æstimandam esse.* Imò nulla fœcundior est causa juris quam utilitas. Heres testamento priore scriptus alicui vendere jussus est hereditatem modico pretio. Ut hic jam sit emptor & fideicommissarius. Posteriore testamento scriptus heres venditorem convenire quidem potest, ut ad §. *præced.* habuimus. Sed non expedit illi, cum ultra quam penes eum est non teneatur. Hoc autem exiguum est. Ergo ne fiat ei præjudicium, datur in emptorem eundemque fideicommissarium utilis actio. Non reperio quicquam solidi in Fabro adversus hanc expositionem: Quod enim disputat, heredem putativum directè teneri, non negatur in Textu, supponitur etiam.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Item si quis à fisco hereditatem, quasi vacantem, emerit: æquissimum erit, utilem actionem adversus eum dari. l. 13. §. 9. *d. Hered. petit.*

1. FABER, *Hic quoque §. totus Tribonianeus est, meramque Triboniani inscitiam detegit*: Vel Fabri *addesis*, argutiam & ineptiam. Hereditas, inquit, non est nisi jacens. Acquisita desinit esse Hereditas & fiunt *bona*. Si acquisita sint à Fisco, *bona* vacantia. Quis ferre potest ejusmodi calumniis uti Juris Interpretem ad lacerandum corpus Juris? Quomodo peti, vendi, restitui hereditatem dicimus? Nonne cum acquisita est, aditione vel ipso jure §. *ult. I. de Hered. Qual. & diff.*? Realis objectio speciosior est, quod nec ipse Fiscus hereditatis petione teneatur, quia nec pro Emptore, neque Possessore possidet. Responsio est eadem,

quæ

quæ ad verbi usum apposita est. Universitatem bonorum vacantium aliterve Fisco acquisitorum ejusdem esse naturæ cum hereditate, quod ita probat *l. 54. in pr. h. t.* ut nulla species dubitandi à Fabro ipso proferri possit, quin utilis hereditatis petitio ad eam recte accommodetur *l. 20. §. 6. h. t.* Quis enim nescit utiles actiones esse, quæ à propria negotii natura, ad casus similes utilitatis causa producuntur? Nihil pridem insolentius hac Fabri censura habuimus.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Apud Marcellum libro quarto Digestorum relatum est, si mulier hereditatem in dotem dedit; maritum pro dote quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis utili teneri. Sed & ipsam mulierem directe teneri, Marcellus scribit: maximè si jam factum divortium est. l. 13. §. 10. d. Hered. Petit.

1. Negat ita sensisse Marcellum Faber, ut hic scriptum est. Vult, eum nihil aliud statuisse, quam mulierem, quæ hereditatem non suam marito in dotem dedit hereditatis petitione ab herede vero conveniendam, nulla directæ vel utilis mentione facta. Æque fidenter ac alias. Sed ratio vult, ut, si Emptor hereditatis aliquando utili hereditatis petitione teneatur, ut demonstratum est, universitas bonorum quam Fiscus habet vacantium vel caducorum, instar hereditatis utilem hereditatis petitionem producat, idem fieri posse, contra maritum, qui possidet universitatem bonorum, quæ pridem fuit hereditas & eadem universitas etiamnum. Quid igitur est scrupuli in utili petitione hereditatis? In directa, quæ contra mulierem detur, adhuc minus est; omnium minimè, si jam factum sit divortium, ut *in fine* §. inculcatur. Sed hoc ait Faber, esse novum absurdum, dare directam actionem, ubi nulla sit utilis. Non male; si hoc per se moneret Marcellus, sed obiter adjicitur positioni, quæ utilem continet, adversus maritum: Etiam verò directam esse contra mulierem durante matrimonio, magis etiam soluto, etsi res adhuc penes maritum sint, quod tam esse monitu absurdum quam conciliatio subtilis, lector æquus non putabit.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat. Quamvis etiam earum rerum nomine, quas pro herede, vel pro possessore defunctus possessit, utique teneatur. l. 13. §. 11. d. Hered. Pet.

1. Species hæc esto; Filius inter alia bona quasdam res alienas à se emptas reliquit; Heres ejus putativus ab herede vero convenitur, an etiam sub hereditatis petitione continentur istæ res alienæ, quas defunctus pro emptore possedit? Adfirmat Ulpianus, quoniam ipse res illas pro herede possidet: Continentur enim in Hereditate defuncti cujus heredem se gessit *l. 19. in pr. d. Hered. Petit.* Quamvis utique etiam teneatur earum rerum nomine, quas defunctus universali titulo pro-

pro herede, vel pro possessore possedit. Si hæc species facti consistere potest; non video, Cur insuperabilis sit objectio, quam movent Faber aliique & quam ille nonnisi per emendationem sustinere potest. *Quod defunctus pro Emptore possedit, etiam ipsius heres pro Emptore possidet, cum transeant in eum omnia jura defuncti, & possessio quoque cum suis titulis, sicuti & cum suis vitiis l. Cum heres* 11. *d. Diversf. temp. Præscr. l. vitia* 11. *C. de Acquir. poss. Ergo, quemadmodum defunctus earum rerum nomine, quas pro Emptore possidebat, conveniri non poterat petitione hereditatis, quæ scilicet non datur contra titulo possidentem, ita nec heres ejus conveniri potest.* Negatur consequentia. Nam heres putativus res à defuncto emptas, ut partes hereditatis pro herede possidet, quas defunctus ipse nonnisi titulo particulari possidebat. Et argumentum ex *utraque lege* 11. sic non obstat, quia loquuntur de rei vindicatione quam dominus rei singularis instituit adversus heredem emptoris: Hic agitur de hereditatis petitione, qua verus heres petit omnia quæ sub hereditate continentur, quas inter hauddubiè sunt res à defuncto pro emptore possessæ. Si hæc, ut puto, juridica sunt, Fabri difficiles argutiæ & nugæ sunt, ac inepta Crisis, legendo, *hereditatis petitione teneri NON constat.*

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Item, si quis dolo fecerit, quominus possideat, hereditatis petitione tenebitur &c. Sed si is qui dolo desiit, ante conveniatur, eum, qui possidet, non liberabit l. 13. §. *pen. in pr. & in fin. de Heredit. pet.*

1. Verus heres à possessore quolibet hereditatem petere potest, nec ab eo tantum, qui possidet actu, sed etiam ab eo qui dolo fecit, quominus possideat. *h.* §. *pen.* quia dolus pro possessione est *l.* 131. *l.* 150. *d. R. J.* Sed cum hæc actio sit rei persecutoria, consentaneum erat, ut heres suum ab uno consequutus, ab altero nihil haberet petendum, quia bona fides non patitur, ut idem bis petatur *l.* 57. *d. R. J.* quemadmodum, si quis rem metu extortam repetiturus æquè habet actionem adversus quemlibet possessorem & adversus eum, qui dolo possidere desiit, sed electo altero cum effectu solutionis, alter liberatur *l.* 16. *in pr. junct. l.* 15. §. *ult. Quod met. C.* Et qui habet noxalem actionem, vel agit adversus eum qui dolo possidere desiit, vel præsentem possessorem; Sed damnato & solvente altero, liberatur alter *l.* 24. *& l.* 26. *d. Nox. act.* Omnia convenienter isti regulæ Juris Naturæ, ne qui persequitur, idem bis petat. Quid igitur hic Ulpianus, veteri possessore convento, negat præsentem possessorem liberari? An dicemus, id ita esse intelligendum; si vetus possessor conventus quidem sit, neque tamen solverit? Imo, *integrum est Domino, experiri cum utroque, & ab eo quidem qui dolo desiit possidere, quanti ea res; ab altero rem; & vel prius quidem veterem possessorem ex dolo præterito convenire, deinde novum ex præsenti possessione; vel prius novum, deinde veterem,* sunt verba Cujacii 22. *Obs.* 29. Nisi plus negotii nobis faceſſat Cujacius, quam necesse fuerit. Nec enim libera heredi alternativa & electio datur, sed distinguitur: Aut heres, præsente possessore prius convento, obtinuit rem vel litis æstimationem, & hæc res prodest ei, qui dolo possidere desiit, quia nihil petitoris interest, inquit,

inquit Papinianus in *l.* 95. §. 9. *d. Solut.* Aut vetus possessor ex præterito dolo conventus solvit, & nihil ea res proderit possessori præsenti, ut docet idem in *d.* §. 9. Quod secus habet atque inculcat Cujacius, nusquam ita, quod sciam, reperitur.

2. Sed est tamen in hoc uno latere distinctionis eadem ratio inæqualitatis & injustitiæ; quod heres idem bis consequitur, semel ab eo qui dolo possidere desiit, iterum à possessore præsenti; Cum tamen hoc casu eadem ratio, quæ priore casu, quo concursum actionum negat Papinianus, militet; quod petitoris nihil intersit, quando à veteri possessore quod interest sua consequutus est. Cujacius utitur hac ratione, quod vetus possessor quasi pœnam solverit, & præsens rem præstet. Sed hæc regula, quod dolus pro possessione habeatur, *in d. l.* 131. *& l.* 150. *d. R. J.* etiam in actionibus rei mere persecutoriis obtinet, nec usquam actiones facit pœnales; denique nulla magis merè est actio rei persecutoria, quam sunt in rem actiones, ut hereditatis petitio & Rei vindicatio, in quâ Idem, ut deinde videbimus, obtinet. Etiam aliter Papinianus, qui tantum id in hoc concursu actionum spectat, an alterius intersit. Ergo alii rationem petunt ex *l.* 88. *d. V. S.* hoc modo; Quando præsens possessor rem ipsam præstitit, actor ab eo qui possidere desiit æstimationem petere non potest, quam habere jam censetur, quia pretium inest rei, *d. l.* 88. Sed quando vetus possessor æstimationem solvit, præsens adhuc conveniri potest, quia non est verum, petitorem habere quod ei præstandum est; scilicet rem ipsam, quæ non inest pretio, sicut hoc inest illi, *d. l.* 88. Ita inquit D. Wissembachius *ad tit. ff. de Hered. pet. n.* 18. Sed hæc ratio quærenti solidam æqualitatis justificæ convenientiam, non satisfacit: Nam quia vetus possessor, qui dolo rem possidere desiit, æque tenetur, ac verus possessor, in æstimationem, in fructus & omne quod interest *l.* 20. §. 6. *l.* 25. §. 8. *h. t.* ubi ille fuerit excussus; perinde locum habet ratio Papiniani, quod petitoris nihil amplius intersit, & quod idem bis petat, contra æquitatem naturæ, quam si possessor actu rem tenens sit condemnatus & solverit. Cui accedit, quod Papinianus actionem, ubi præsens possessor excussus erit, non modo neget, si corpus, sed etiam, si litis æstimationem præstiterit. Atqui in hac æstimatione non magis ipsa res inest, ac in æstimatione, quam solvit is, qui possidere desiit.

3. Seponamus has, fultis, rationes paulisper, & rectà videamus, an aliquid iniqui sit in eo, quod is qui à veteri possessore malæ fidei, æstimationem accepit, adhuc ipsam rem à præsenti possessore petere possit; Utrumque, ab herede rectè conveniri nemo negabit. Qui hereditatem actu possidet, hic propriè & naturaliter tenetur; Qui dolo fecit, quominus possideat, meretur etiam, ne dolus ei prosit: Ergo juste conveniri potest. Conventus & excussus est; sed præsens possessor is est, qui naturaliter tenet atque tenetur. Adversus hunc igitur actio adhuc vivit. Ut aliquis idem bis petat ab eodem, iniquum est; à diversis hominibus idem ex causâ separatim peti injustum non est; ut hactenus bene congruat, quod ait Cujacius, præstationem ejus, qui dolo possessionem amisit, esse quasi pœnam malitiæ. Si dicas; Nihil interest petitoris, qui jam æstimationem & quicquid intererat nactus est, ut Papinianus in *d.* §. 9. argumentatur: non potest autem ei, cujus nihil interest, actio rei persecutoria dari: Dicendum est, adhuc

ejus intereſſe, ut ipſas res hereditarias adipiſcatur; quæ eſt naturalis intentio hujus actionis. Atqui, dices, idem eſt, ſi æſtimationem acceperit is, qui rem petebat: *d.* §. 9. Nempe, ſi res haberi nequeat, aut deterior ſit, lis æſtimatur, quia non datur alius exitus; Actio tamen funditus extincta eſt, quia res ipſa fuit adjudicata, quod non eſt factum adverſus eum, qui dolo poſſidere deſiit. Plane, factam ſibi eſſe injuriam, nec is qui mala fide poſſeſſionem amiſit, nec qui alienam hereditatem adhuc actu poſſidet, quod ſinguli ad reſtitutionem adiguntur, cum ratione adſerere poteſt. Denique, ad Cenſuræ levamen pertinet etiam hoc, quod recte Cujacius *in loco* prædicto monuit; poſſe præſentem poſſeſſorem, inde ab initio, cum vetus poſſeſſor eligitur, intervenire ſeque ſuſcipiendæ actioni offerre, quia tunc vetus poſſeſſor non videtur dolo deſiiſſe poſſidere, nec ideo tum tenetur, *hac ipsâ l.* 13. §. *pen.* Quin imo, an non poteſt, qui dolo poſſidere deſiit, antequam vel quando ſolvit petere ceſſionem à Petitore adverſus ipſum poſſeſſorem? Ita videtur ſaltem officio Judicis, poſt condemnationem *l.* 12. *d. Re Jud.* etſi directo jure non habet beneficium cedendarum actionum *l.* 69. *d. R. V.* Ubi vero ceſſerit ſuum jus, Petitor ipſe quidem amplius adverſus poſſeſſorem agere non poteſt. Adde quæ dixi in *Prælect. ad h. t. n.* 8.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Item videndum; Si poſſeſſor hereditatis venditione per argentarium factâ, pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet, nec conſequi poteſt. Labeo putat, eum teneri, quia ſuo periculo male argentario credidit. Sed Octavenus ait, nihil eum præter actionem, præſtaturum. Ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. Mihi autem in eo, qui malâ fide poſſedit, Labeonis ſententia placet, in altero verò qui bonâ fide poſſeſſor eſt, Octaveni ſententia ſequenda eſſe videtur l. 18. *in pr. d. Hered. petit.*

1. Argentariorum Romæ non quidem publicum fuit officium, ſed opera tamen publica fuit, in conficiendis rationibus & inſtrumentis, in mutuis pecuniis dandis, in fidejuſſionibus præſtandis, & in venditionibus maxime per auctiones faciendis, de quibus videſis Briſſonium *de V. S. lib.* 1. Ex eorum libris petebantur probationes *l.* 4. §. 1. *l.* 6. *l.* 9. §. 2. *d. Edend. Inſtrumenta ſuæ profeſſionis* vocantur in *d. l.* 6. §. *ult.* Plane mixti quodammodo generis illorum fuit officium, inter publicum & privatum: Unde cauſa dubitandi in hac ſpecie; An poſſeſſor, qui per Argentarium res hereditarias vendidit, eoque foro cedente, pretia rerum perdidit, hæc nihilominus heredi præſtare teneatur. Si publicum eſſet Argentariorum officium, ut venditiones per eos fieri deberent, nihil equidem poſſeſſori imputari potuiſſet; Verum quia ſuo arbitratu Argentarium adiit, aliterque res vendere potuit, ſuo quoque periculo fidem argentario habuiſſe videtur, quod tamen Ulpianus diſtinctione bonæ & malæ fidei poſſeſſoris ſeparavit, ut *in textu*. Autumnus & Groenewegius ad hanc L. Ulpiani ſententiam cenſent *eſſe ſupervacuam*; eo quod moribus hodiernis officium ejuſmodi argentariorum non ſit publicum, nec in eorum tabernis bona veneant, uti moris erat antiquitus.

2. Ad

2. Ad hanc Censuram regerimus I. Ulpianum, in ratione publici Argentariorum officii, non collocare sententiæ suæ fundamentum; Sed in bonâ fide possessoris, in eo quod sine dolo nihil ex rebus venditis ad eum pervenit. Quod æque, si res ab ipso possessore, vel per quemlibet alium venditæ fuerint, aut hodie vendantur, obtinere consentaneum est. Denique, si tales argentarios, qui tabernas & mensas in foro habeant, hodie non cognoscimus, inde non sequitur, alios pari in venditionibus officio fungentes non exsistere; cum ubique fere sint homines auctionibus publicè habendis præfecti, per quos domini vel possessores rerum, non coguntur quidem, solent tamen plerumque res suas vendere; quales apud nos fere sunt iidem, qui Actis Judiciorum conficiendis præpositi sunt, de quibus velim observetur ex hoc textu, non cogi homines, suas res per illos ut vulgo persuasum est, vendere per auctionem. Plane ejusmodi Actuariorum, si hanc quæstionem spectes, eadem cum veteribus Argentariis ratio & decidendi argumentum esse videtur.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

REDACTÆ, *inquit*, Pecuniæ ex pretio rerum venditarum. *Redactam sic accipiemus, non solum jam exactam, verum & si exigi potuit, nec exacta est. Quid si post petitam hereditatem res distraxerit, hic ipsæ res venient fructusque earum. Sed si forte tales fuerunt, quæ vel steriles erant, vel tempore perituræ, & hæ distractæ sunt vero pretio*, FORTASSIS *posset petitor eligere, ut sibi pretia & usuræ præstentur l.20.§.15.& 16.d.Hered.petit.*

1. Autumnus; *Non definit Ulpianus &c. Non aperit Ulpianus & in incerto relinquit, utrum peti possit.* Ideo ipse definit, non res ipsas, sed pretia & usuras venire in petitionem hereditatis. Male igitur Ulpianus fluctuans & fluctuantem relinquens Lectorem, scilicet. Enimvero parum attentum fuisse oportet Veterum Lectorem, qui hæc verba Ulpiani dubitationis argumentum præferre putet, quia dicit FORTASSE, cum id non fluctuationis, sed modestæ circumlocutionis indicium haberi, ex aliis locis & loquendi modis intelligi detur. Ulpianus idem *lib. xxv. ad Edict. Fortassis quis possit dicere, interdum partem sumptus facti posse recuperari.* Et mox; *quod est verius l.14.§.9.d.Religios.* Aliud ejusdem Ulpiani exemplum est in *l.15.§.1.d.R.vind.* quod inferius occurret. Alibi, *magis est ut hoc &c. Potius colligi posse videtur. Videndum, ne non ita. Difficilius actio dabitur; facilior erit retentio.l.1.d.Pignor.* Et id genus alia passim. Ita hoc loco. Explicans verba Senatus, de restituenda pecuniâ ex rebus hereditariis à possessore redactâ, monet, hoc de rebus ante petitam hereditatem venditis, accipiendum. Nam si post institutam petitionem res vendiderit, dolo possidere desiit, & tenetur quasi possideret, ideoque res ipsas præstare cogitur. At si favor heredis & petitoris in eo vertatur, ut pretia cum usuris potius præstentur, eo inclinat Ulpianus, ut, si velit petitor, eam partem eligere possit: Idque devians à regulâ, ita adfirmat, ut dubitandi rationem per *τὸ fortasse*, collocet, & simul relinquendo positionem Juris in loco suo infringat & removeat.

Papinianus Lib. III. Quæstion.

Nam & Julianus lib. 6. Digest. scribit; quod indebitum exegit, restituere eum non debere: nec imputaturum, quod non debitum solvit l. 20. §. 18. in fin. de Hered. pet. Veteres & Autumnus citant *l. si possessor §. Ait Senat. eod.*

1. Hanc Papiniani & Juliani sententiam non esse veram, censent Autumnus; eique fere ὁμόψηφος Censor Batavus. Nam possessor, ait Autumnus, ex bona fide rationem reddere debet, ac ita quod ex lite consecutus erit, sive principaliter ipsius nomine, sive extrinsecus ob eam rem, debet restituere. Eamque esse Gaji sententiam *in l. 46. §. 4. d. Procurat.* adfirmat, neque non Juliani in *l. 6. §. 9. d. Negot. gest.* de qua *superius* actum, *in loco.* Sed nec Gajum & Julianum à Papiniano discrepare, neque Censuræ locum esse in hoc capite, vel Glossa docere potuit Censores nostros; quæ rectè observat & docet, *ad h. L. 20. §. 18.* Si quis alieno nomine pecuniam non debitam acceperit, hanc eum restituere debere illi, cujus nomine accepit, ut Procurator & negotiorum gestor. Sed possessor hereditatis suo nomine possidet, actionesque hereditarias exercet, ideoque is ad nihil, quam quod hereditarium est, tenetur restituendum, ut in hoc ipso §. 18. scriptum est. Quod indebitum accepit, vel solvit, hoc ad ipsum, non ad hereditatem heredemve pertinet. Censura sine ratione collocata est.

Papinianus eodem libro.

Restituere autem pretia debebit possessor, etsi deperditæ sunt res vel diminutæ. Sed utrum ita demum restituat, si bonæ fidei possessor est, an & si malæ fidei: Et siquidem res apud emptorem exstent, nec deperditæ, nec diminutæ sunt, sine dubio ipsas res debet præstare malæ fidei possessor: aut si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum, quantum in litem esset juratum. At ubi deperditæ sunt & deminutæ, verum pretium debet præstari, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, & verum pretium rei non perderet d. l. 20. §. ult. de Hered. petit

1. Hunc etiam locum Censurâ suâ μετὰ πολλῆς φαντασίας prosequitur Autumnus: Id nempe, quod possessor, etsi res deperditæ vel diminutæ sunt, teneri dicitur. Nam, ut ille statuit, Possessor rei interitu liberari debet, quia res periit domino, qui est heres, ex rescripto Diocletiani & Maximiani *l. 6. C. de peric. & comm. rei vend.* (melius adduceret *l. 9. C. de Pignerat. act.*) Nec quidem pretium, ait Autumnus, ideo præstatur, quod petitor rem si consecutus esset, distraxisset; quia incerti casus non considerentur, sed reddendum sit quod revera damnum indicatur, ex Constitutione Justiniani *C. de sentent. quæ pro eo quod int. prof.* nam hoc interesse remotum à nostris appellari, cujus ratio non habeatur, ut scribit Molinæ. in *Consuetud. Paris. §. 7. gl. 7. n. 18.* Expositâ hoc modo Censurâ, in locum communem digreditur Autumnus. Ex his constat, inquit, inanes esse labores eorum, qui leges sine usu ediscunt. Hinc *Cicero,* pergit, *lib. 9. epist. ad Varr.* fructus doctrinæ

ctrinæ maximos ait esse, tractare ea, quæ ad usum spectant. Plura cumulat, in laudem studii pragmatici. Cui ut nemo jure deroget, ita certum est, ejus studii non minus quam theoretici sal & condimentum esse, judicium rectum; sine quo, cum universa bonarum artium disciplina, tum maximè jurisprudentia, & inprimis Censura Juris insulsa & incondita est. Certe in hoc capite non opus erat tanto verborum apparatu. Si res pereat, sine dolo & culpa factoque possessoris, eum non teneri concedimus, ex regulâ, quod res pereat suo domino. Sed quando possessor res hereditarias vendidit & pretia percepit, quid est iniqui in eo, quod etsi res pereat, ad pretia tamen quæ ex alienâ re penes eum resederunt, teneri dicitur? Ratio manifesta duplex est; Una, quod possessor ex aliena re lucrum facere non debet, & pretia in locum ipsarum rerum succedunt. *l.* 20. *& pass. h. t.* Altera, quod si Heres ipse rem in manibus habuisset, eam distrahere potuisset: Cujus facultatis emolumentum per factum possessoris ei non sit æquum interverti. Nec merito hunc casum vocat incertum Autumnus, siquidem in heredis potestate fuisset; quales semper in quæstione de periculo rerum deperditarum in æstimationem veniunt. *l.* 47. §. *ult. d. Legat.* 1. *l.* 14. §. 1. *Depos. l.* 15. §. *ult. d. R. J.* Nec est quod hanc minime dubiam juris rationem & æquitatem, pragmaticæ prætextu scientiæ peritiæque eludi putemus. Sed est scrupulus in eo quod in *d.* §. *ult.* habetur; *Utrum ita demum restituat, si bonæ fidei possessor est, an, &, si malæ fidei.* Quid hoc; Nonne plus dubii est, an b. f. possessor teneatur, quàm malæ f.? Dic, is, qui bonam f. habet, tenetur ad restituendum simpliciter; M. F. possessor, amplius, in id, quanti in litem juratum est. Ita videtur, ut *ex sequentibus.*

Paulus Lib. xx. ad Edict.

Si & rem & pretium habeat bonæ fidei possessor, puta quod eandem rem emerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In prædone dicimus, electionem esse debere actoris: an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor: si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium: an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, & id quod amplius habet ex pretio, restituere debeat, videndum. Nam & in oratione Divi Hadriani, ita est. Dispicite Patres Conscr. num quid sit æquius, possessorem non facere lucrum, & pretium, quod ex aliena re percepit, reddere; quia potest existimari, in locum hereditariæ rei venditæ pretium ejus successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum. *Oportet igitur possessorem & rem restituere petitori, & quod ex venditione ejus rei lucratus est. l.* 22. *d. Hered. petit.*

1. Censura Bernardi Autumni laudata Groenewegio *ad hanc L. Mihi*, inquit, *hoc nequaquam justum videtur; Ratio me vocat in contrarium. Nam pretium quod ex alienâ re percepit possessor, non potest existimari in locum hereditariæ rei successisse & quodammodo ipsum hereditarium factum, cum res hereditaria extet l. si ipsa res* 18. *D. Quod met. C.* Ubi Imperator Antoninus auctor est, etsi res quæ in hereditate fuerant, apud possessorem non sint, tamen pretium earum æquè obligare illum,

lum, ac si corpora ipsa in eâdem specie mansissent; Proinde si manserint in eadem specie, nihil opus est dicere, pretium in locum rei hereditariæ successisse, de quo possessor teneatur. Verum si quid hic occasione rerum adhuc existentium lucratus sit, hoc eum, quasi fructus lucrari æquum esse disputat Autumnus. *Æquissimum est*, inquit, *rem petitori, non pretium, quod ex venditione rei provenit, præstari.*

2. Sed re bene perpensâ, non est præcipua hujus decisionis ratio, quod pretium in locum rei succedat; verum quod æquum non sit, possessorem ex rebus hereditariis fieri locupletiorem, sed quatenus lucrum penes eum residet, hactenus esse conveniendum, ut ipsa verba SenatusConsulti in hoc textu educta loquuntur. Atqui in hac specie possessor est locupletior ex rebus hereditariis semel venditis, ac iterum, per redemptionem in hereditatem collatis. Lucrum illud, quod ex priori venditione percepit, statim auxit hereditatem ejusque pars est facta, modo cum effectu manserit apud possessorem, quod Paulus hic supponit. Quid igitur iniqui est in eo, quod lucrum à possessore perceptum & adhuc residuum heredi vero restituere cogitur? Siquidem, & de fructibus, quatenus est locupletior, eum teneri nota res est ex *l.*25. §.11. *h. t.* Argumentum Autumni, quod res ipsa supersit, huic lucro non obstat restituendo, quia nec in lucro è fructibus residuo attenditur ad hoc, quod res ipsa, è quâ fructus provenerunt, adhuc supersit *d. l.*25. §.11.

3. Sed Autumnus Paulo ipsum Paulum opponit, in *l. Si heres* 3. *ad L. Falcid.* his verbis; *Si heres institutus eam hereditatem, quæ solvendo non est, vendiderit, vix quidem poterit persuaderi, non fuisse eam hereditatem solvendo, quæ emptorem invenerit, verâ autem ratione nihil legatariis debebitur, quia magis ex stultitiâ emptoris habere videtur heres institutus, quàm ex bonis defuncti.* His apparet, inquit Autumnus, *variasse Paulum & à priori sententiâ recessisse. Sed ea res fugeritne Pauli memoriam, cum hanc legem scriberet, an contra de viro tam excellentis doctrinæ* credendum sit, *non meum judicium est, etsi dubium non sit, tales esse*,

Hominum mentes, quali Pater ipse
Jupiter aurifero lustravit lampade terras.

Hæc ægre ferentibus invidis obtrectare licebit; nunquam periculum sine periculo superatur, *sed mendicas potius quam medicas manus allaturos spero.* Hactenus Autumnus, nimis, ut videtur, sibi placens & facetè plaudens in argumento censuræ minus explorato. Ne quid enim prædictis addam; quid hoc ultimum ex *l.*3. *ad L. Falcid.* quo Pauli contradictiones exponit? In nostra *l.*22. Paulus ita sentit, possessorem hereditatis ad lucrum ex re hereditaria redactum, quo locupletior est factus, heredi restituendum teneri. In *l.* 3. ponitur hereditas, in quâ plus æris alieni, quam boni; Ex quâ tamen legata relicta sunt. Heres hanc ipsam hereditatem emptori stulto vendidit. De hoc pretio legatarii volunt sibi legata solvi: Sed nullo jure legata petunt ex hereditate, in quâ verè nihil boni fuit, tempore mortis; quod tempus, respectu legatariorum inspicitur §.2. *I. de L. Falcid.* Ita, ut quod dein ex fortuitâ emptoris stultitiâ accessit, non veniat in censum pro legatariis *l.* 73. *D. eod. tit.* Longe alia est ratio veri heredis, cui non modo quod tempore mortis extitit, sed etiam quicquid deinceps accessit, debetur. *l.*20. §.3. *h. t.*

Ergo

Ergo neque Censuræ neque contradictionis Paulinæ causam habere visus est Autumnus ille probabilem.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Sed & , si lege commissoriâ vendidit, idem erit dicendum; lucrum quod sensit Lege Commissoria, præstaturum. Item si rem distraxit & ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum convertit. Sed si res minoris valet, quam comparata est, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet, quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur. l. 25. in pr. & §. 1. eod. tit. de Hered. pet.

1. Ratio & auctoritas eadem hic Censuræ, & eorundem Auctorum, quæ fuit prius, eademque responsio. Lucrum è casu legis Commissoriæ, si forte pretii partem Possessori Hereditatis solutam emptor hac causa perdiderit *l. 4. §. 1. d. Leg. Commiss.* volunt Autumnus & Groenewegius ad possessorem spectare, nec esse restituendum heredi vero, secus ac Ulpiano videtur è verbis & mente Senatus-Consulti, quod non patitur aliquid lucri è rebus hereditariis, residere apud Possessorem: Idque juris ad *l. præced.* defendimus. Hoc ita, si res ipsa adhuc extet, ut fit in casu legis commissoriæ, per quam res vendita redit in sinum venditoris & hereditatis, quâ de re *ad tit. de Lege Commiss.* Subjicitur alius casus; Possessor rem hereditariam distraxit aliamque emit; hæc cum non sit ex hereditate, sed à possessore, suo arbitratu, in patrimonium redacta proprium, non venit in restitutionem hereditatis, sed pretium, quod in locum rei venditæ & hereditariæ successit, in illam petitionem venit.

2. Pergit Ulpianus; *Sed si res minoris valet quam comparata est; hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet.* Utra res his verbis intelligetur, ea ne quam vendidit hereditariam, an ea, quam loco ejus comparavit? Hanc opinor, intelligit per verba, *minoris quam comparata est*; nam hereditaria res, vendita, non comparata fuit. At quomodo possessor potest esse locupletior, ut ponit Ulpianus, è re, quæ minoris valet, quam comparata est, cum id damnum sit præsens? maxime, cum addatur, eum teneri, *quatenus res valet*, quod majorem supponit valorem? Id ego parum bene perspicio; Tu si vides, fac amabo, intelligam. An potius relabar ad id quod sprevi, ut res, *quæ minoris valet quam comparata est*, sit hereditaria illa, quam possessor distraxit? Connexio verborum, nisi fallor, repugnat. Est quidem verum, quod res illa à possessore ex hereditate vendita, ab alio comparata sit. Verum ubi præcessit hæc oppositio, *si rem distraxit & aliam comparavit*, & sequitur, *res comparata*, quis ferat, his ultimis verbis, non intelligi rem, quæ paulo ante dicta est, *comparata?* Sed ponesis, in verbis; *Si res minoris valet, quam comparata est*, intelligi rem distractam, non comparatam; etsi litera abnuit; quorsum hic sensus tendit? Non aliò quam quod possessor *hactenus sit locupletior*, ut pretium excedens heredi restituat. Hoc vero jam dictum fuit antea, pretium quod superest, venire in petitionem hereditatis. Hic versus incipit ab adversativâ; *Sed si res minoris &c.* proinde non ex pretio, sed ex rei valore

lore locupletior hic intelligitur. Charondas legit *Sed &*, quo infringitur quidem vis adversativa, sed in summa nihil infertur aliud, cum *ex rei* valore dicatur *locupletior* possessor. Manet igitur prior sensus, idemque scrupulus; quomodo locupletior sit possessor ex emptione rei quæ minoris valet, quam comparata est, & quidem locupletior, *quatenus res valet*, non, inquam, ex pretio; ut de re vendita, priore casu dictum fuerat. Quid si verba, saltem ultima *quatenus res valet*, de re vendita hereditaria capiantur, ut possessor ad ejus valorem teneatur; si rem minoris valentem illius emerit loco. Sed nec ita te quidem expedio. Non dixit enim Ulpianus, rem comparatam minoris valere quam hereditariam; Sed ipsam rem comparatam esse minoris quam valet. Et si maxime illud aut quicquid velis admiseris, manet tamen incongruum illud, qui emendo rem, minoris quam comparata est valentem, adde, minoris, quam res hereditaria vendita valebat, ea re possessor sit locupletior. Præter quod minoris vendendo rem hereditariam quæ pluris erat & comparando ejus loco rem quæ minoris valet, sine dolo, nequaquam teneretur, ut hic teneri dicitur.

3. Qid ergo tandem? τί δ' ἂν πάθοι τις; Quid non accidat hominibus? Egone lectionem mutare tentem, qui inimicus habeor omnis, immerito, criseos juridicæ? Quid si de nihilo quicquam mutare tentem in loco à nemine tentato, vel animadverso? Non sit recusandum mihi, risu excipi; quod certe minus ægre tulero, quam alii me suas sine risu conjecturas refellentem ferunt. Quomodo adhuc est, bene percipio mentem horum verborum; *Item si rem distraxit, & ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum convertit.* Omnia plana sunt. Perge, *sed si res minoris valet, quam comparata est, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet.* Non intelligo, inquam: Tu si aliter monstras, ego nihil mutavero: Nunc ita lego: *Sed si res minoris quam valet comparata est, hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet.* Nulla vox aut litera tollitur, additur: Unius trajectione voculæ defungimur, hoc sensu claro & plano, ut mihi quidem videtur; Quando rem minoris comparavit quam valet, possessor, locupletior est, quatenus res pluris valet, & tenetur eatenus ad restituendum; quia lucrum ex alienâ hereditate, mediate licet & per negotiationem percepit, quod scilicet apud eum remanere non debet, ut ad *textum praced.* vidimus. Hanc emendationem minime adfectatam, ut obtulit se, collocare visum est. Si quis inutilem demonstret, agam gratias, quod integritati Pandectes, etsi nihil hactenus in textum novi intulimus, consultum fuerit, nec enim, etsi crisin admiramur, Florentinæ lectionis mutationibus adfectandis jactare nos vel conspici gaudemus. *Faber* hic est incuriosus.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Consuluit Senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re suâ se abuti putant,

tant, non præstabunt: nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur; quamvis ad remunerandum aliquem naturaliter sibi obligaverunt d. l. l. 25. §. 11. de Hered. Petit.

1. Oppugnat hac parte Senatus Romani arbitrium Autumnus, ita differens; Absolvendi possessoris, utcunque bonam fidem habentis, non esse causam justam, si quid perdiderit, dilapidaverit, & quovis modo consumpserit ante petitam hereditatem; quia scilicet, quisque suæ rei, non alienæ moderator & arbiter est, in quam rem verba quædam M. Tullii, quæ sine noxa, quia non valde πρὸς ἔπος accidunt, à nobis omitti possunt, adducit: Bonam fidem vero, quæ nihil est aliud, quam opinio, quâ quis credit, se esse dominum rei possessæ, non videri sufficere ad consumptionem mali moris, in præjudicium veri domini, juris auctoritate muniendam. Habet alia, quæ parum intelligibilia transmittimus.

2. Ad hæc autem responsio sic est; Si Possessor hereditatis alienæ, bonâ fide præditus, qui alienas res absumsit, putans suum se perdere, teneatur ad restituendum ut ille vult, is vel ex facto suo, vel inæqualitate reali oportet teneatur. Factum ejus, vel contractum vel delictum, utrumque verum vel quasi tale esse oporteret. Neutrum hic intervenit: Non contractus, nec quasi talis quidem, lite necdum contestatâ; ab hoc enim tempore vi quasi contractus obligatur *l.* 3. §. 11. *d. Pecul.* Neque delictum; quia prodigentia rei suæ, vel quam putet esse suam utcunque vitiosa, non est delictum ad alterius petitionem pertinens; planè bona fides absolvit ab omni specie delicti & facit, ut pro domino habeatur, qui hanc vere præfert, *l.* 25. *d. Usur. l.* 48. *in pr. d. A. R. D.* Denique, nec rerum inæqualitas hic est ulla, quia possessor ex rebus hereditariis nullâ re auctus est; Nam si locupletior fit, Senatus eum penitus excuti vult. *Post SenatusConsultum enim, omne lucrum auferendum esse, tam bonæ fidei possessori, quam prædoni, dicendum est l.* 28 *d. Hered. pet.* Hæc adversus Autumni Censuram sufficere, etiam Juris imperitis existimaverim.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Adeo autem qui locupletior factus non est, non tenetur, ut, si quis putans, se ex asse heredem, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpserit, Marcellus lib. xv. *Digest. tractat, num non teneatur; quasi id quod erogaverit, ex eo fuerit, quod ad eum non pertinebat, sed ad coheredes, & si is qui heres non erat, totum quicquid apud se fuisset, consumpsisset, sine dubio non teneretur, quasi locupletior non factus. Sed in propositâ quæstione, tribus visionibus relatis, unâ primâ, deinde aliâ, posse dici totum quod superest, restituere eum debere, quasi suam partem consumpserit; tertiâ, utrique quod consumptum est decedere: ait utique nonnihil restituendum; de illo dubitat, utrum totum, an partem restituendam dicat. Puto tamen, residuum integrum non esse restituendum, sed partem ejus dimidiam l.* 25. §. 15. *eod. tit. de Hered. Petit.*

1. *Primus* qui heres erat ex semisse, putans se heredem ex Asse, dimidiam partem hereditatis consumpsit. *Coheres* superveniens suum semissem petit. *Primus* ait;

ait; ego tuum semissem bona fide consumpsi neque ex eo sum locupletior, Ergo non habes actionem contra me. *Coheres*, Imo tuum semissem proprium consumpsisti; mea pars est salva. Quin, ait judex, censeatur consumptio de parte utriusque facta, ut ita quod superest inter vos dividatur. Hæ sunt tres *visiones*, ait Ulpianus, id est, tres opinionum adspectus, alibi *inspectiones l. 31. Depos. l. 44. d. Obl. & Act.* Cujacius vocabulum *visiones* hoc sensu putat esse à Triboniano Pandectis per *ἔμβλημα* ubicunque reperitur, injectum 21. *obs.* 26. idemque Faber Antonius. Aliter Brissonius ex Antonio Augustino *d. V. Signif.* quorum ego sequi malo judicium. Harum visionum Ulpianus præfert Ultimam, sensu mediam. Non placet hoc Autumno, qui putat æquius esse, uti quod primus consumpsit, hoc de suo, non alieno consumpsisse judicetur, quam sententiam utilitate ac usu comprobari fidenter adfirmat. Ergo, cum semissem consumpserit Primus, qui ex semisse tantum heres erat, suum absumpsit, *& quod superest totum restituere debet*, inquit. Idemque & hunc §, esse totum Triboniani utique à versu; *Sed in.* adfirmat Anton. Faber *Lib. 21. Conject. c.* 3. Popularem hanc esse visionem Fabri & Autumni, non potest negari. Sed *Primus* habet hanc rationem in diversum. Sum bonæ fidei possessor, & si nulla parte jus heredis haberem omniaque absumsissem, heredes veri nihil à me petere possent. Ergo nec coheres meus, ideo quod dimidiam partem, quæ est ipsius, absumpserim. Inter has visiones, mediam ingressus viam Ulpianus, ita rationem inducit; Consumptio facta ab eo, qui se putavit heredem ex asse, nonnisi ex Asse facta, id est, è corpore universæ hereditatis intelligi potest. Ergo dimidium sibi, dimidium coheredi possessor bonæ fidei absumpsisse videtur. Idque comprobatur, & illustratur à Papiniano, ad hanc quæstionem, in *l.* 54. *ad SC. Trebell.* ex rescripto D. Marci, cujus etiam mentio fit in § *seq. h. l.* Paterfamilias habens & propria & fideicommissaria bona, cum potestate diminuendi ad dodrantem, bonam partem consumpsit; utrum hæc consumptio propriis ipsius, an fideicommissariis bonis imputanda sit, quæritur; Divus Marcus judicavit, erogationes pro ratâ utriusque patrimonii, tam qvod proprium habuit, quam quod restituere rogatus est, distribui oportere, quod Viri boni arbitrio consentaneum credidit Imperator philosophus, & juris prudentissimus *d. l.* 54. Cujus decisionis exemplum ad hoc quæsitum melius pertinet, quam argumentum *l. 9. d. Damno infect.* quod Autumnus, à proposito alienissimum allegavit; nec aliter in ipsis Fori peristyliis existimatum iri, credo lectorem facile in animum esse inducturum, etsi aliter in d. loco Faber.

Ulpianus Lib. xv. ad Edictum.

Quod autem quis ex hereditate erogavit utrum totum decedat, an vero pro rata patrimonii ejus? utputa penum hereditarium ebibit: utrum totum hereditati expensum feratur, an aliquid & patrimonio ejus ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ante delatam hereditatem? ut si quid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior; in statum vero suis sumptibus videatur factus locupletior; utique enim, & si non tam laute egisset, aliquid tamen ad

ad victum cottidianum erogasset. Nam & Divus Marcus in causa Pythodori, qui rogatus erat, quod sibi superfuisset, ex hereditate reddere, decrevit, ea, quæ alienata erant non minuendi fideicommissi, nec pretium in corpus patrimonii Pythodori redisse; & ex proprio Pythodori patrimonio, & ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate. Et nunc igitur statuts sumptus utrum ex hereditate decedant exemplo rescripti Divi Marci, an ex solo patrimonio videndum erit. Et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea, quæ, & si non heres fuisset: erogasset. l.25.§.16. d. Hered. Petit.

1. Hunc §. à verbis; *Nam & Divus Marcus*, à Triboniano esse corruptum audacia non minore quam inscitia contendit Anton. Faber in *lib.8. Conject. c.9.* Non repetam præjudicium loci communis, quod verisimile non sit. Tribonianum alia quam juris antiqui ad novum sui temporis flectendi causa emblematis suis indulsisse. Quid hic sit negotii, videamus ex argumento. Possessor hereditatis sumptus ex ea fecit; Quæsitum est, utrum hos omnes hereditati imputare possit, an partem suo patrimonio debeat. Primo Ulpianus *[illegible]*, proponit distinctionem inter ordinarios sive statutos & extraordinarios, quos si possessor heredem se factum non putasset minime fecisset. Eamque per Rescriptum Divi Pii in simili illustrat. Et definit in certa conclusione, quod heres sibi imputare debeat, quicquid erogasset, si maximè in hereditatem non incidisset. Hac ipsa re nihil æquius melius. Nec est quod Eunomia desideret. Quid Faber? Rescriptum Marci negat in hac specie usu venire; quin imo totam Quæstionem ait esse ineptam, ut tandem ne priora quidem verba *h.t.* credat esse Ulpiani; Sed omnia Triboniani inscitiæ tribuit. Quid ita? *Quia sic proposita generaliter quæstione dicendum esset, quicquid b. f. possessor ex hereditate expendisset, id omne partim proprio ipsius patrimonio, partim hereditati decedere oportere, quod tamen nusquam constitutum, vel in dubitationem deductum sit.* Imo ne quis unquam ita Quæstionem hanc acciperet, nullum erat periculum: Agit enim diserte de sumptibus ab herede pro se suisque non pro hereditate quà tali factis. In his enim Quæstio non haberet locum. Nec si Faber discendi potius quam censorem agendi animo ad ejus lectionem accederet, Quæstionis usum ita imaginari posset. Deinde *Faber*; Non ita scribendum erat, ait, *An totum decedat ex hereditate an pro rata patrimonii possessoris:* Sed potius sic; *pro rata hereditatis.* Vel sic, *pro rata ex patrimonio possessoris.* Captio: verba, ut sita sunt, eundem habent sensum, quem ille vult; Ut proportio Hereditatis & Patrimonii possessoris servetur in computandis sumptibus. Rursus Faber; *Taceo, quod penum in masculino vel neutro genere, ut hic sumitur, nemo JCtus vel Latinitatis auctor unquam dixit, sed semper in Feminino.* Itane? Quid Paulus igitur qui, *Nomen Penus*, ait, *mihi traditum est, omnibus generibus dictum l.4.§.3.d. Pen. leg?* Temerarius Censor! Cujus si non omnes argutias & cavillationes refellimus; hæc specimina facile veniam mihi concilient. In sequentibus; *nec pretium in corpus patrimonii Pythodori redisse*, non recusem aliquid critici, ad constructionem: Nam quod verbis *minuendi fideicommissi*, vult addi, *gratia*, nihil est; Ellipsi usitata. Quod etiam in fine carpit, *Et si non heres fuisset*, pro, *heredem se esse putasset*, aliquoties in superioribus animadversum est, Ulpianum ita esse locutum, ubi necipse Faber id reprehendit. Hoc etiam cavilato-

latorium est, quod in fine habetur, *exemplo rescripti D. vi Marci*, cum D. Marcus eandem speciem non tractaverit. Atqui idcirco dixit *exemplo*, id est, argumento, per consequentiam, quæ satis justa est. Fiduciarius impensas ex hereditate, quam restituere debet, factas, imputare debet, tam suo quam fideicommissario patrimonio. An non etiam hoc exemplo dividenda computatio sumptuum, quos fecit heres, ex hereditate, quam occupavit non, suam, & quam restituere debet? Problematice enim adhibetur hoc Rescriptum. Decisio inde nonnihil discrepat, quam diximus, ut res sunt diversæ. Carpit etiam Faber verba *suo patrimonio*, *pro ejus*. Sed quam variè ludatur in his pronominibus, etiam à Jurisconsultis, quisque pro se passim animadvertet. Interim non id agere, ut omnia dicta, phrases & constructiones Grammaticæ conciliem, Vel à Triboniano nullum verbum alicubi fuisse adspersum, defendamus, sæpe monuimus. Sed est aliud mali Jurisconsulti argumentum, quod *in fin.* habetur è *possessoris* patrimonio decedere, quod erogasset, etiam si hereditatem non possedisset. Nam Faber cum supercilio docet, hoc è patrimonio ejus non decedere; sed eum teneri ad hoc è suo in hereditatem restituendum: Quasi id eo modo non decederet ejus patrimonio. Piget immorari talibus; Lector autem mirabitur ingeniosum Interpretem, ejusmodi nugis aggredi Artis suæ conditores, & se ipsum, quod in Tribonianum parat, exponere deridiculo.

Ulpianus Lib. xv. ad Edict.

Sed & pensiones, quæ ex locationibus prædiorum urbanorum perceptæ sunt, veniunt, licet à Lupanario perceptæ sint. Nam & in multorum honestorum virorum prædiis lupanaria exercentur l. 27. §. 1. d. Hered. pet.

1. Est locus tralatitius, quo Juri Civili exprobratur permissio & approbatio lupanarium, contra sacram Scripturam, honestatem & bonos mores, quam censuram exequitur Ant. Matth. *dis. fund.* XI. *à pr. & disp. sequ.* Non potest neque debet negari; apud veteres meretricias voluptates & lupanaria fuisse in rebus toleratis, uti sunt apud nos, etiam validè Christianos scilicet, ebrietas aliæque morum corruptelæ. Sed plus quam tolerantiam ex hac lege probari posse negamus. Duæ sunt positiones in hoc textu; Prima, quod pensiones è lupanaribus perceptæ, veniant in hereditatis petitionem & restitutionem; Altera, quod & lupanaria in honestorum virorum prædiis exercentur. Prima resolvitur in locum communem, quod & inhonesti quæstus ab hereditatis possessore sint restituendi *l. 52. h. t.* quâ de re, mox ita agemus, ut huic parti Censuræ, quæ in hanc L. intenditur, satisfaciamus.

2. Quod autem in multis honestorum Virorum prædiis lupanaria haberi dicuntur, quæro, qui magis hoc lupanaria laudet, quam quod Ebrietas hodie commendetur eo, quod multæ honestorum virorum domus locantur, ad ebriosorum diversoria, cœtus bacchantium exercendos? Sed ego ne hoc quidem, quod & in dubium conscientiæ vocari posset, de lupanaribus Ulpianum prædicasse concedam. Quippe cum idem lupanar appellet *inhonestum locum in l. 21. §. 11. d. Recept.*

qui

qui arbitr. satis indicans evidenter, se viros honestos hic accipere, non ut probos & justos, sed in honore positos ut in *l* 3. § 2. *Stellion.* honestiore loco natos *l.* 3 § *pen. ad L. Cornel. de Sicar.* quibus opponuntur humiles §. 4. *Inst. de Publ. Jud.* ut honestos & multitudinem inter se opponit Suetonius in *Aug. cap.* 46. Superest tamen tolerantia lupanarium; Enimvero non sancitur hic, non juris auctoritate donatur illa tolerantia, supponitur, ut videtur, ea his verbis. Ac ita vitium non tam juris, quam totius antiquitatis est, ac utinam paganæ duntaxat: Interque Christianos id esset in usu vitiorum extremo! Quis hic censuram exercebit, qui non ab ipsa urbe, ubi sanctitatis Christianæ sedes ostentatur, incipere possit. Et quis Patriæ suæ mores ab hujusmodi tolerantiæ exemplis liberare vel quod satis sit, excusare possit? Cicero. *Verum si quis est, qui etiam meretriciis amoribus interdictum juventuti putet, est ille quidem valde severus, negare non possum: Sed abhorret non modo ab hujus seculi licentia, verum etiam à majorum consuetudine atque concessis: Quando enim hoc factum est? quando reprehensum? quando non permissum? quando denique fuit, ut quod licet, non liceret?* Orat. *pro Cæl.*

Paulus Lib. xx. ad Edict.

Planè in ceteris necessariis, & utilibus impensis posse separari: ut bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent, prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere, & id ipsum officio judicis continebitur, nam nec exceptio doli mali desideratur. Planè potest in eo differentia esse. Ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducet, licet res non exstet, in quam fecit, sicut tutor, vel curator consequuntur: prædo autem non aliter, quam si res melior sit. l. 38. *d. Hered. pet.*

1. Quod in *versic. plane potest, in fin. h. l.* 38. traditur, nulla juris aut æquitatis ratione defendi potest, si credimus Ant. Fabro, *in Rational. ad h. l.* Scilicet, ut bonæ f. possessor impensas à se factas, etsi necessarias, deducere possit, si res in quam factæ sunt, extare desierit: quia ne quidem si res extet, bonæ f. tenetur in amplius, quam usque quo res pretiosior facta est *l.* 38. *d. R. V.* Facit autem hæc conjectura, *inquit*, ut facile mihi persuadam, reliquum totius *l. h. & sequ.* contextum à Triboniano esse corruptum, in eo saltem, quod impensas utiles à prædone quoque non tolli tantum, sed etiam deduci posse tradit. Hanc Fabri rationem in judicio singulari bene se habere, ibique à Juris auctoribus servari intelligimus. Sed Hereditatis petitio est universale judicium in quo liberalius sine respectu ad certarum rerum existentiam agi cum possessore non est à ratione alienum. Quo faciunt tres hac parte differentiæ inter universale & singulare judicium, quas exposuimus in *Prælect. ad Tit. de Rei Vindic. n* 20. *& seqq.* Inter quas etiam est hæc, quod impensæ voluptuariæ & à bonæ fidei possessore deduci, & à prædone tolli possunt in Hereditatis petitione, *l.* 39. §. 1. *h. t.* quod in Rei vindicatione nullo modo admittendum esse concedimus Fabro; sed non ideo censuram *ad has ll* quod attinet ad Hereditatis petitionem. Proinde hic etiam defuncti sumus vindiciis ad *l. sequ.* §. 1.

Ulpianus Lib. LXVII. ad Edict.

Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem; Sed ideo, quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione l. 42. d. Hered. pet.

1. Ex his verbis colligendum videtur, nec ita inde collectum & traditum non est eum qui negat, aut dubitat an hereditas ad eum qui petit hereditatem pertinet, hereditatis petitione non teneri; quo nihil sit absurdius; Quotus enim quisque conventus hereditatis petitione concedit hereditatem ad petitorem pertinere? si enim hoc concedat, judicium non accipiet neque se opponet. Ergo actionem inprimis aut utrice adversus eum qui negat aut dubitat, an hereditas ad actorem pertineat, dari oportet. Adeoque videndum, ne textus hic referendus sit ad locum communem, male cohærentium Juris positionum. Sed magis est, ut referatur ad locum male perceptarum Juris positionum & legum. Est fallacia divisionis, conjungi debet utraque pars Adversativæ propositionis hac lege comprehensæ, non ultima sola, quod illâ hypothesi fieret, educi & collocari. Sensus est, si debitor hereditarius ideo nolit solvere, quod se dicat heredem esse tenetur hereditatis petitione, quia pecuniam, vel rem debitam, aut jus ejus *pro herede* possidet *l. 9. juncta l. 13. §. ult. & l. 14. h. t.* Si vero se non dicat heredem esse, verum debere se quidem fateatur, attamen non putet vel dubitet, an actor sit heres, hic non tenetur hereditatis petitione, quia nec jus pro herede neque pro Possessore possidet *d. l. 9. & seqq.* Quod cum sit requisitum Hereditatis Petitionis, cessantibus hujus actionis terminis, ut debitor qua talis actione personali conveniendus est, *dd. ll.*

Papinianus Lib. 2. Resp.

Heres furiosi substituto, vel sequentis gradus cognato fructus medii temporis: quibus per curatorem furiosus locupletior factus videtur, præstabit: exceptis videlicet impensis, quæ circa eandem substantiam tam necessariè quàm utiliter factæ sunt. Sed & si quid circa furiosum necessariè fuerit expensum, & hoc extipiatur: nisi alia sufficiens substantia est furioso, ex qua sustentari potest. l. 51. d. Hered. petit.

1. Ant. Faber. Totum hunc versiculum *Exceptis videlicet impensis*; *Triboniani esse non Papiniani, scribit & ex stylo agnoscit Cujacius, cum quo & ego sentio.* Sed cum iidem non negent, hanc adjectionem bonum habere sensum, etsi petitam ex *l. ult. C. de Curat. Fur.* Eunomiæ interesse non videtur, sintne verba ipsa Papiniani originalia, an à Justiniano cujus est totum opus, adjecta. Tamen etsi nec forte necesse fuerit, agnoscere manum Triboniani. Cum nihil in his verbis extet, quod nec antiquo juri conveniat. Potuit enim & Curator agnoscere tum bonorum possessionem & percipere fructus pro furioso, ut in inde locupletior fieret, *l. un. d. Bon. poss. fur. inf.* Nam quod Justinianus in *d. l. ult.* rationem

adeun-

adeundi per furiosum expeditiorem fecit ejus rei discrimen in hac lege non apparet. Neque de exceptione impensarum alia fuit olim, quam hic expressum legimus ratio. In stylo quid animadvertant, non indicant, nec mihi adseverate liquet.

Hermogenianus Lib. II. Juris epitomar.

Si possessor ex hereditate inhonestos habuerit quaestus, hos etiam restituere cogitur; ne honesta interpretatio, non honesto quaestu lucrum possessori faciat l. 52. d. t. de Hered. petit.

1. Hanc legem abrogatam vel abrogandam censent Autumnus & Groenewegius, ob justissimas, ut visum est, rationes. I, quia moribus Christianorum est contraria. Nam honestius est, inquit ille, inhonestos quaestus, cum detrimento animae, cedere lucro possessoris, quam petitoris, qui particeps criminis fieret. II Ratio; Bonae fidei judicium, cujusmodi est petitio hereditatis, §. 28. instit. de Action. non recipit praestationes, quae contra bonos mores fiunt l. 5. d. Usur. III. Ratio redditur à Papiniano; Quod ex furto vel alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri, quia delictorum turpis atque foeda communio est l. 53. Pro Socio. IV. Ratio; Fructus non modo percepti; sed & qui HONESTE percipi potuerunt, aestimandi sunt; apage igitur inhonestos fructus l. 33. d. Rei Vind. V. Quod indebite ac injuste exactum est, non venit in petitionem hereditatis l. 20. §. 18. in f. h. t. Ad haec gravissimas rationes tenendum; Ex Senatus Romani Consulto possessoribus hereditatis omne lucrum ex rebus hereditariis perceptum auferri l. 28. h. t. idque hereditatis partem fieri l. 20. §. 3. eod. quâ parte non debuit esse melioris conditionis, qui hereditatem lucris inhonestis auxit, quam qui boni Viri officium implevit. Ille quicquid ad hereditatem pertinet, restituere debet, & lucra illa sunt pars hereditatis. Quod heres illa vi legis accipit, eo non magis turpitudinis fit particeps, quam de Fisco, reis auferente quae maleficio quaesita sunt, idem praedicari possit. Plane, quod Possessori turpia lucra sua extorquentur, iniquum videri non potest. An heres illa sibi retinere & inde locupletari possit, alia quaestio fuerit, quae hoc loco non terminatur. At illo sensu nihil his Christianis moribus adversum tradi videtur; nec animae periculum ex eo, quod incrementa hereditatis, malitiâ possessoris confecta, cum vi legis pars hereditatis facta sint, sub universâ hereditate comprehenduntur, apparet. De reliquo est eadem visio respectu heredis in hac specie, quae est aliorum heredum, quibus male parta defunctorum obveniunt. Si quid tale sit penes alium, ad quem non pertinet, illi non peccant, opinor, quod partem hereditatis suae persequuntur: Sed quomodo male parta antecessorum uti debeant, est alia quaestio, inquam. Si quae res per injuriam aliis ereptae, subductae sunt, his omnino restituendae sunt. Quod à nemine repeti potest, ut sunt quaestus è lupanario, & quicquid non sine turpitudine dantis ad defunctum ex hereditate pervenit, hoc recte facient heredes, si in pios usus convertant, eademque nostri heredis ratio & conditio esse videtur.

2. Satis-

2. Satisfactum est primo Autumni argumento. Secundum est *l.* 5. *d Usur. Generaliter observari convenit*, ait Papinianus, *bonæ fidei judicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideratur*; quod bonæ fidei quidem judiciis *per excellentiam* tribuitur, sed omnibus omnino judiciis commune est, per ea quæ diximus ad *L.* 8 *d. Negot. gest.* Bona fides est animi & conscientiæ bonum; Non debet in contractus, id est, in id quod partes sibi mutuo dare, facere debent, venire quicquam animi conscientiæ & boni Viri officio minus conveniens. Neuter ab altero quicquam exigere debet, quod hic salva honestatis tesserâ præstare nequeat. Sed talis non est exactio lucri, quod avaritiâ possessoris antehac, sine conscientia heredis, adjectum est hereditati, ut ex iis quæ dicta sunt, intelligitur. Hic non est contractus, neque fides mutuæ præstationis heic vertitur sed repetitio rei quæ pars est hereditatis meæ, perverse quidem partæ; sed non ex causa contractus inter petitorem & possessorem; cum sit ex jure in Re constituto.

3. Nihilo magis adversatur huic Legi, aliud Papiniani dictum de societate, quam negat valere de maleficiis, aut in eam conferri oportere quicquam lucri idque palam esse adfirmat in *l.* 53. *Pro Soc.* Nam societas est contractus, in quem nihil venit, nisi ex lege conventionis. Hæc autem in res turpes nullo modo coire potest; ac ideo nihil ejus generis in hoc judicium venire fas est. Sed in nostrâ hypothesi, heres cum possessore hereditatis nihil egit, nullo modo illum ad turpe aliquid faciendum obstringit; duntaxat incrementum hereditati jampridem, peculiari ipsius adjectum turpitudine, ab hereditate, cujus pars est, separari non patitur, & vi legis ad auferendas possessori inhonestas exuvias utitur, consulturus ipse de lucris illis, quod jus & fas exigere videbuntur.

4. Quarta objectio est *l.* 33. *d. R. Vind.* quod malæ fidei possessor restituere debeat fructus, etiam consumptos, imo non perceptos, modo illos *honeste* percipere potuerit: Resp. id esse rectum & verum de fructibus non perceptis. Qua fronte enim Dominus à Prædone qui rem ipsi restituit, posset exigere fructus, quos percipere neglexit, eo quod honeste eos percipere non posset? Tum vere dominus contra Papiniani dictum suprà commemoratum deliquisset. Alia & nostra quæstio est de fructibus jam perceptis; etsi neque de hisce quidem fidenter dixerim, actionem domino dari adversus possessorem rei singularis de fructibus inhoneste perceptis; quia nec de rebus singularibus est tale SenatusConsultum, quale de hereditate vidimus, & quia fructus percepti non fiunt pars rei singularis, sicut in hereditatem uniuntur. Autumnus quidem Papinianum de possessore singulari putat in eâdem esse sententia per *L. Si navis* 62. §. 1. *d. Rei Vind.* Verba textus sunt hæc; *Generaliter autem, cum de fructibus æstimandis quæritur, constat, animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset.* Nihil hic est ejusmodi cum eo quod Hermogenianus *in h. l.* 52. prodidit. Ideo de singulari possessore adhuc, quod attinet ad hunc articulum, subsistimus, & magis in eo diversum obtinere putamus.

5. Postrema & quinta objectio petita ex eo, quod *suprà* vidimus ex *l.* 20. §. *ult.* quod indebite exactum est, in hereditatis petitionem non venire, habet rationem speciosam magis quam solidam: Nam etsi verum est, quod è turpi causâ datum

tum est, etiam sine causâ datum & male solutum videri, aliud est tamen indebitum, & diversum à turpi debito. Quod indebitè solutum est, non venit in hereditatis petitionem, quia non est factum pars hereditatis, ad quam non pertinebat, & ab eo qui dedit, revocari potest; sed è turpi causâ solutum, velut è mercede domus lenoni locatæ, non est indebitè solutum, nec à solvente repeti potest, sed hereditati insertum ejus causam sequitur. His objectionibus remotis, Hermogeniani positio nihil bonis moribus aut honestati adversum continere videtur. Sed bene habet ejus ἐπιεικείας honestam interpretationem, id est, nimis anxiam honestatis reputationem, non debere possessori lucrum inhonesti quæstus, contra providentiam legis, adjicere.

Paulus Lib 17. ad Plautium.

Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempora nascendi omnia integra reservarent, sicut apparet in jure hereditatum: In quibus qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id, quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. Ubi autem eodem gradu sunt cæteri, quo & venter, tunc, quæ portio in suspenso esse debeat, quæsierunt: Ideo quia non poterant scire, quot nasci possunt. Nam multa de hujusmodi re tam varia & incredibilia traduntur, ut fabulis adnumerentur. Nam traditum est & quatuor pariter puellas è matrefamilias natas esse. Alioquin tradidere non leves auctores, quinquies quaternas enixam Peloponnesi, multas Ægypti uno utero septenos. Sed & tergeminos Senatores cinctos vidimus Horatios. Sed & Lælius scribit, se vidisse in palatio mulierem liberam, quæ ab Alexandriâ perducta est, ut Hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quatuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum, post diem quadragesimum. Quid est ergo? Prudentissime Juris auctores medietatem quandam secuti, ut, quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur: Id est, quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint. Τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς *Id est; quod enim semel aut bis existit, ut ait Theophrastus,* παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, *id est, prætereunt legislatores. Ideoque &, si unum paritura sit, non ex parte dimidiâ, sed ex quartâ interim heres erit l. 3. Si pars heredit. pet.*

1. Si credimus Autumno, veteres Jurisperiti magno conatu nugas egerunt. Nam quia hodie non facimus, *inquit*, altos & obscuros quæstionum sinus, ideo hi juris apices & subtilitates à judicibus non admittuntur, & mihi videtur usus humanior esse. Ventri hodie Curator datur; in tempus nascendi omnia jura integra reservantur, nec ante familiæ herciscundæ judicium habet locum; alimenta tantum decernuntur superstiti, pro qualitate personarum & modo facultatum. *Hactenus Autumnus.* Quid ita Paulus & Veteres Juris-Consulti; nonne viderunt, hoc quod ille suggerit, esse commodius, quam de incerto nasciturorum numero philosophari, & hariolari, & desinere in id, quod tamen satis rarum est, in trigemini nativitatem fœtus? Quid est expeditius, quam quod ex usu medio suggerit hic Censor? Adeo ne subtilitatibus imaginariis indulsere veteres; ut in hisce perplexari, quam consilium adeo planum & rectum amplecti maluerint? Ego non

Oo dubito,

dubito, quin Veteribus injuriam faciamus, si minus eos rebus expediendis & difficultatibus ex ricandis operam dedisse putemus, quam soleant hodie, qui in fori peristyliis ambulant, aut tribunalibus præsunt: quando satis constat, hodiernam praxin, cum veteri, in rebus judicandis & litibus contrahendis dexteritate non esse comparandam. Sed ego Censores rogo; si filius superstes nolit, aut non possit incertum uteri expectare, sed præsentis egeat pecuniæ, forte mercator in articulo fidei adserendæ constitutus, nec aliter fortunas sustinere queat suas, an postumi jus incertum ipsius petitionem penitus eludere vel refutare possit? Non censeo; nec enim jus unius alterius commodo aut incommodo impediri potest *l.* 137. §.4. *d. V.O.* Quando igitur superstes suum jus abscisse urget, Judex evitare non potest, quin ex tempore, quid & quantum ei, dum uterus expectatur, sit decidendum, constituat: Cui instruendo servit hæc disputatio in genere conjecturali; quanquam & partis omnino incertæ petitionem dari in exitum futurum, docetur in *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 5. §. 1. *h. t.* ut saltem coheres certus sit is qui petit, dum quantitatis eventus expectatur. Adeo ut nimis abrupte jus agendi, dum venter exoneretur, Autumnus in universum præcidat.

2. Præter hanc pragmaticam difficultatem, textus varie laborare videtur. Omitto, quod *Peloponnest*, *Ægypti* Paulus scribit, pro in Peloponneso, in Ægypto. Quid hoc vero; *Sed & tregeminos Senatores cinctos vidimus Horatios?* Emendationes varias recensuimus in *Prælect. ad h. t.* ut *servatores* pro *Senatores*; *Cunctos* pro *cinctos*: denique *Horatios* expungendos; Quomodo enim Paulus dicat, *vidimus Horatios*, sexcentis amplius annis mortuos? Conati sumus hac parte lectionem Florentinam tueri, ὡς κἀπτας. Cum externa recensuisset Paulus; illa verba subjicit, hoc modo & sensu; *Sed & tregeminos Senatores*, Senatorii ordinis Viros, *cinctos*, armatos, *vidimus*, Romani scilicet exteris oppositi, quos ita cujuslibet ævi, Paulus in suâ personâ complecti potuit. Hæc latius in *Prælect. ad h. t. n.* 3.

Paulus Lib. III. Epitomar. Alfen. Digest.

Cum multi heredes instituti essent, ex his unus in Asiâ erat: ejus Procurator venditionem fecit, & pecuniam pro parte ejus abstulerat: Postea apparuit, eum qui in Asia erat, antea decessisse, instituto ex parte dimidiâ procuratore suo, & ex parte alio. Quæsitum est, quemadmodum pecunia ex hereditate petenda esset. Responsum est, ab eo qui procurator ejus fuisset, totam hereditatem, quia ex hereditate ea pecunia fuisset, quæ ad Procuratorem ex venditione pervenisset, petere eos oportere: Et nihilominus partem dimidiam hereditatis à coheredibus ejus. Ita fore, sive omnis ea pecunia penes eum qui Procurator fuisset, resideret, ut omnem per judicem ab eo recuperarent: sive is partem dimidiam coheredi suo reddidisset, ipsum ex dimidiâ parte, & ex dimidia coheredes condemnarent. l. 9. Si pars hered. pet.

1. Hunc agendi modum à Paulo præscriptum sæpe laudati Censores Gallus & Batavus cum ratione juris pugnare contendunt. Existimant ab altero heredum, qui est procurator, nonnisi partem dimidiam peti posse, quoniam æs alie-

alienum ex Lege XII. tabularum in portiones hereditarias divisum est *l. 6. C. Famil. ercisc.* de quo proinde non singuli heredes in solidum, sed pro partibus suis, duntaxat conveniri possunt. Nec potest igitur ab uno tota peti hereditas, ut vult Paulus contra regulam de plus petitionibus, ait Autumnus; Idemque Groenewegius. Sed vereor, ut satis adverterint animum ad speciem hujus Legis. Abiens ille Paterfamilias in Asiâ decesserat, antequam acquireret hereditatem, ideoque pars ejus accreverat cæteris coheredibus. Hi petunt pecuniam ex venditione rerum hereditariarum redactam, quæ ad ipsos jam pertinebat, à Procuratore, qui factus heres absentis in Asiâ, pecuniam venditionis, ut mediate heres prioris defuncti possidebat; sed habebat coheredem; Pecuniam verò solus abstulerat eamque totam verisimiliter possidebat; dubium tamen erat, an forte eam cum altero herede non communicasset. Suadet igitur Paulus defuncti prioris heredibus, ut Procuratorem in solidum conveniant, si is quod erat probabile, solus haberet pecuniam; Ne autem impingerent in exceptionem, quod solus non esset heres neque solus possessor ejus pecuniæ, monet, ut in eum casum ipsius coheredem pro parte dimidia compellarent. Functus ita prudentis officio Juris-Consulti hodieque in Foro considerate imitando, quo consultores in omnem eventum à Judice detegendum, adseveratè procederent. Si Procurator nonnisi partem tenet, pro parte condemnabitur, & pro altera parte coheres ejus: Si Procurator adhuc omnem habet pecuniam, de omni condemnabitur, coheres absolvetur: Imo non potest Procurator, ajunt Censores, pro parte media heres, de pecuniâ tota conveniri, vel condemnari, quia singuli heredes ipso jure de pecuniis debitis pro partibus hereditariis tenentur, nec potest Actor unum ex iis in solidum convenire. *d. l. 6. C. Famil. ercisc.* Quod est verum de actione personali, de quâ in *d. l. 6.* de his quæ sunt in nominibus; non est verum de actionibus in rem, quibus singuli heredes ut possessores conveniuntur. Quominus enim ut possessor, unus in solidum conveniatur, nihil obstat *l. 2. C. de heredit. act.* Atqui in hoc textu agitur de Hereditatis petitione, quæ est in Rem actio, quâ sine dubio Possessor, etsi non solus heres, in solidum convenitur *l. 25. §. 18. & pass. d. Heredit. petit.* Majori specie contradictionis Censores hoc arguerent, quod Paulus heredes à Procuratore totam hereditatem petere vult, qui nonnisi partem pecuniæ hereditariam absentis In Asiâ coheredis abstulerat. Sed hæc res in eo vertitur, quod JCtus in *l. 1. §. 1. & seqq. h. t.* docet; eos qui petunt hereditatem, non petere quod reus possidet, sed quod ipsis competit; ut tamen id ipsum resolvatur in præstationem ejus quod reus possidet, quemadmodum hujus agendi modi rationem exposuimus in *Prælect. ad h. t.*

Papinianus Lib. VI. Quæstion.

Cum heredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat vivo testatore decessisse, partem hereditatis, nomine patris, ut absentis, administraverit, & pecunias,

cunias, distractis rebus, acceperit: hereditas ab eo peti non potest: quia neque pro herede, neque pro possessore pretia possidet, sed, ut filius, patris negotium curavit. Negotiorum autem gestorum actio ceteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. Illud enim utique non est metuendum, ne etiam patris, à quo fortè exheredatus est, teneatur heredibus, quasi negotia hereditaria gesserit: cum id, quod administravit, non fuerit paternæ hereditatis. Nam & si negotiorum gestorum actio sit ei, cujus nomine perceptum est: ei, cujus nomine, restitui æquum est. Sed in proposito neque patris negotia fuerunt, qui esse desierat: neque paternæ successionis, quæ fuerunt alterius hereditatis. Quod si filius iste patri suo heres extitit, & movet controversiam, quod pater ejus, postquam heres extitit mortem objerit: ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. Quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit, & debitor esse cœpit, postea faciens controversiam hereditatis, ut juris possessor, convenitur: idem etiam in hoc filio respondendum erit. l. 10. *Si pars Hered. Petit.*

1. Non habet sensum Textus Florentinus in hoc versiculo; *Nam etsi negotiorum gestorum actio sit ei, cujus nomine perceptum est; ei, cujus nomine, restitui æquum est.* Excidisse aliquot verba ex ultimo colo palam est; quæ plura quam necesse sit in antiqua editione vulgata supplentur. Etiam ab Haloandro, Charonda, Cujacio, Fabro *ad h. l.* Ego nihil desiderem, si in posteriore colo ita legatur: *Ei tamen cujus nomine* percipi debuit, *restitui æquum est.* Facti speciem ad hanc lectionem accommodare, nihil opus est, cum attento lectori satis ultro se prodat.

LIB.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

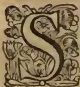
AD

LIBRUM VI.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. xvi. ad Edict.



I plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur, nec communi dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio. Sed si deduci, inquit, non possit, ut puta, si æs & aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum. Nequaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia est confusa, manet tamen l. 5. §. 1. d. Rei Vind.

1. Juris hæc est doctrina; Si duorum materiæ fortuito confusæ, rursus separari queant, quisque suæ partis dominus manet eamque vindicat. Si non sit facultas separandi, non datur alius exitus, quam ut massa fiat communis, & singuli partem pro indiviso vindicent, habitâ ratione disparis collationis, arbitrio judicis, *l. 3. §. ult. h. t. & hoc* §. 1. Exemplum prioris ponit Ulpianus, in argento & plumbo mixtis; Plumbum enim facile ab argento separari posse. Posteriorem thesin illustrat Ulpianus exemplo æris & auri, quæ mixta separari nequeant. Hoc verum esse, negat Grotius in *lib. 2. de Jur. B. & P. cap. 8. n. 2.* Quis *concedat*, inquit, *si æs & aurum mixtum fuerit, alterum ab altero diduci non posse, quod scripsit Ulpianus?* Callistratus certe non dubitat, si æs & argentum conflatum sit, quin ab artificibus separari & in pristinam materiam reduci possint *l. 12. §. 1. d. A. R. D.*

2. Secundum hæc, qui putant æs ab auro bene separari posse, & Ulpianum in eo errasse, textum hunc emendant, delendo particulam *Non*, ut Avellanus Gotofredo citatus, è Codice vetusto: Sed hæc emendatio *non descendit ad literam*, ut Accursius ait, propter discretivam SED, quæ potius requirit negationem, cum in priore colo fuit adfirmatio. Civilius emendat Hotomannus 7. *Obs.*

12. qui pro *&*, legit *vel*, hoc sensu; *Ære vel auro duorum mixto*; Tunc enim separatio vel discretio saltem, fieri certè non potest, & communio necessaria est. Haloander, verba, *nequaquam est dicendum*, conjungit cum præcedentibus; *Sed si deduci non possit, ut puta, si æs & aurum mixtum fuerit, proparte esse vindicandum, nequaquam dicendum est*. Sed hanc emendationem refellit Molinæus de *Usur. n.* 776. & sequentia tum non cohærent, nisi plura mutes & infarcias. Alciatus in *lib. 7. parerg. c.* 4. nihil mutat in lectione; Sed veteres nescivisse putat æris & auri separationem, etsi argentum ab auro dividere potuerint. Hodie verò esse artifices, qui vi aquæ chrysulcæ, Scheidwater / ait Wissembachius noster, idem ex eo referens *disp. ad Inst.* 10. *n.* 6. æs ab auro separare norunt.

3. Sed Alciatum imperitiâ rei metallariæ lapsum adfirmat Molinæus *d. Comm. n.* 771. non enim per aquam chrysulcam separari solere merum æs ab auro, vel contra, sed per ignem; quod non esse novum, sed veteribus æquè usitatum fuisse probat, etiam è sacris literis. Ait autem, se artificibus metallariis & monetalibus consultis, adhibitisque eorum speciminibus, hujus loci explicandi gratiâ, (diligentia notabilis!) comperisse, non solum argentum & aurum à plumbo, sed etiam à se invicem & ab ære separari posse; verum ita, ut debiliora metalla magis consumantur, omnium maxime plumbum, & secundum illud, æs, quod *num.* 557. simpliciter vi ignis interire dicit, ut adfirmat etiam Giphanius ad §. 28. *I. de R. D.* Posse tamen fieri, addit Molinæus, ut aurum ab ære eoque salvo separetur, quando artifices aurum æri mixtum includunt cuidam cemento è lateribus contusis & medicatis cum argillâ facto, in quo igni immerso, XXIV. horis aurum ab omni ære penitissime purgatur, & æs immersum cemento, inde extrahitur, modico intertrimento materiæ, sed tanto sumptu, ut magis expediat, aurum aliter, puta per aquam chrusulcam (cujus usum hac in re modò negabat Alciato) vel per ignem, omisso ære, purgari. Atque inde jam explicat Ulpianum, quod is negans aurum ab ære separari posse, non intelligat separationem chymicam, sed utilem atque civilem, ad divisionis effectum; quam æs & aurum non capere, cum æs pereat, seu materiâ seu pretio, secundum illa docet.

4. Attamen ita non tollitur nodus; Nam Ulpianus de plumbo & argento secus, & hoc dividi posse adfirmat, cum tamen sulcâ separetur ab argento, magis & penitius interire quàm æs. Unde metallarios plumbum appellare solitos esse Regem metallorum, quia se pro aliis, quod est boni regis, consumit *n.* 788. Hinc denique nodum ita solvit, *num.* 558. *& seqq.* Argentum, ait, originaliter cum plumbo generari in argentifodinis, nec aliter in iis, quam multo plumbo mixtum inveniri; Erutum autem & pluries ad terram excutiendam, lotum & contritum, tandem igne supposito, commode separari plumbum ab argento. Unde si rursus sive casu sive consilio mista sint, æquè commode separetur, modo plumbum in magna quantitate sit, ut in primâ è fodinis erutione. Sic Ulpianum putat accipiendum, ut is non imperitiâ lapsus, sed exquisitâ rei metallariæ notitiâ confisus ita scripserit; adstruens è pluribus locis, Ulpianum nullius artis aut scientiæ, ne quidem œconomicarum aut empiricarum fuisse expertem; sed de omnibus, ubi usu veniat, peritissimè differere. Gaudet adeo, se tantâ opera salvum præstitisse locum Juris & à crisi vindicasse; quanquam ita se res habet, hanc demum esse veram

ram crisin, cujus specimen Molinæus; nisi quid dissentiant chymici & metallarii; exhibuit. Enimvero quantum mihi inde sedere potest, non video adhuc, æs ab auro difficilius, quam argentum à plumbo separari. Nam si in magna quantitate plumbi juxta argentum separatio facultatem habeat cum alioqui plumbum consumatur, in ære juxta aurum nihilo secus eventurum videtur, ut si multum æris sit, hoc in separatione, non minus quam plumbum seorsim consistere possit. Ac ita discrimen ab Ulpiano positum adhuc erit obscurius aut nullum. Denique nihil foret liquidius, si hæc consistere nequeant, Hotomanni emendatione, VEL pro ET Legentis, quæ ut ab initio diximus, non tam eximeret, quam præveniret omnem dubitationem.

Ulpianus Lib. xvi. ad Edict.

Pomponius scribit; Si equam meam equus tuus prægnatem fecerit, non esse tuum, sed meum quod natum est l. 5. §. 2. *d. R. V.*

Justinianus.

Item *ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, naturali jure tibi acquiruntur* §. 19. *I. de Rer. divis.*

1. Fœtus animalium acquiruntur domino genitricis, Jure Naturæ & Gentium, ut Pomponius & Justinianus existimant, cum exclusione genitoris. Censura Grotii in *lib.* 2. *de Jur. B. & P. cap.* 8. *n.* 18. his verbis; Est & acquirendi modus inter eos, qui Juris Gentium vocantur, per genituram animantium, quâ in re quod à Romanis & aliis quibusdam gentibus est statutum, ut partus ventrem sequatur, non est naturale, ut *suprà* diximus, nisi quatenus plerumque Pater ignoratur. At si probabili ratione de eo constaret, cur non fœtus ex parte ad eum pertineat, nihil potest adferri. Nam & patris partem esse, quod nascitur, certum est. Plus ne vero de patre, an de matre habeat, inter Physicos disputatur. Plutarchus ea de re sic disserit: Ἡ φύσις μίγνυσι διὰ τῶν σωμάτων ἡμᾶς, ἵν' ἐξ ἑκατέρων μέρος λαβοῦσα καὶ συγχέασα, κοινὸν ἀμφοτέροις ἀποδῷ τὸ γεννώμενον, ὥστε μηδέτερον διορίσαι, μηδὲ διακρῖναι τὸ ἴδιον ἢ τὸ ἀλλότριον. *Natura sexuum corpora miscet, ut ita de utroque, parte sumpta, confundat, & commune utrisque reddat, quod nascitur; Ita, ut neuter possit, quid suum sit, quid alienum discernere.* Hactenus *Grotius*. Idem in *cap.* 5. *n.* 29. *ejusdem libri*; Nam *ait*, cum *in mutis animantibus, Patres non minus, quam matres fœtuum curam gerant, hoc ipso ostenditur, fœtum utriusque esse communem.*

2. Duas apparet esse Grotii rationes, contra Juris Auctores. Prima, quod, cum fœtus tam à genitore, quam à genitrice sit, utriusque pars, & utrique communis sit. Altera, quod genitor æque fœtus sui curam gerit, quàm à genitrice fieri soleat. Neutra sufficit ad Censuram ratio; quia non agitur hic de jure genitoris aut genitricis, sed eorum, qui domini sunt hujus aut illius. Qui primus eorum in potestate habet fœtum antea non existentem, ille naturaliter dominio potitur.

titur. Atqui dominus genitricis fœtum primus in potestate habet, non genitoris. Ergo ille prævenit hunc in occupatione dominii. Cui rationi accedit, quod in quæstione de dominio, non primæ conceptionis & seminis, sed fœtus in utero perfecti materiæque tum existentis ratio habenda sit. Atqui tota fœtus massa corporis, est à genitrice; quod à genitore primum exiit, in æstimatione dominii non venit in censum; etsi plus ad gignendi causam contulerit, virtute magis & spiritu quam materiâ; cujus hoc casu, ratio prævalet. Denique, genitricis est accessio parsque ventris, non genitoris, Fœtus; & per Accessionem propriè dominium hoc casu perpetratur. Postremum cura pro fœtu, quid in brutis animalibus ad jus acquirendum vel bestiæ, vel domino ejus, facere potest? Adeo nihil, ut prope nugatorium sit, hanc in re seria rationem proponere. Cura in domino fœtus magis ad rem pertinet; Verum hæc ratio ~~fuerit~~ etiam pro solo genitricis domino, qui curavit ventrem & fœtum. Adde his quæ dix. *in part.* 1. *Digress. lib.* 4. *c.* 33. *à pr.*

Paulus Lib. xx. ad Edict.

Pomponius libro xxxv. *probat; Si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu & Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed à Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio & à te & à Titio partes fundi petere me debere, Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, & ideo te quoque à Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet, nunquam enim pro diviso possideri potest l.* 8. *d. Rei Vind.*

1. Magna pars Jurisprudentiæ in actionibus bene constituendis vertitur, utique pragmatica, verum è theoria legum adstruenda, nec usquam clarius, quod est verissimum, liquet, nihil esse in praxi, quod è theoria non sit petitum, petendum. *Species hujus legis*; Tu Cajus possides fundum unà cum Titio non domino partibus æquis, cum ejus fundi pars dimidia sit mea pro indiviso. Cum actio in rem detur adversus possidentes, *l.* 9. *h. pr.* ego vos ambos in jus voco; peto ut singuli quadrantem fundi, cujus ita semissem habebo, mihi præstetis. Tu excipis; ego non plus quàm meam partem possideo, alterum qui nihil in fundo juris habet, solum convenire debes. Bene, si pro indiviso possideatis; At si pro diviso singuli regionem fundi certam teneatis, ego sic replicabo: *Alter solus à me conventus dicet. Quid tu petis hanc partem totam, à me possessam? cum non nisi pro indiviso partis dimidiæ sis dominus, & sic omnes glebæ ad te pro parte pertineant, non hæ solæ & totæ, quas ego possideo,* quemadmodum Vulgò nostrates, de communione fundi indivisa loquuntur, gras in gras. *Partes, quas ego possideo,* pergit, *non magis sunt tuæ, quam reliquæ à Cajo possessæ.* Et habet rationem. Quapropterà Titio quadrantem unum & à Cajo alterum quadrantem petam. Cajus autem, cujus æquè pars dimidia fundi est propria; quadrante mihi tradito, alterum quadrantem à Titio, quem adhuc tenet pro se petere debet. Sic est ratio. Sed quia res mobiles,

les, non nisi totæ pro indiviso possidentur, & hereditas, quæ est incorporalis *l. 50. d. Hered. pet.* non recipit partes subjectivas, idcirco de his in solidum agitur adversus possessorem, nihil juris habentem; Is vero qui non plus quàm ad se pertineat, possidet, omnino non tenetur.

2. Hanc posteriorem Pauli sententiam à Pegaso & Ulpiano probatam in *l. 1. §. 3. Si pars hered. pet.* negat Autumnus à Groenewegio, ut ferè semper, laudatus, esse rectam, eâque in foro explosâ, diverso jure utendum esse scribit, ratione redditâ; quod *actor ante divisionem, ab extraneo semissem nullo jure petere cogatur*, quam & Pegasi narrat esse opinionem, malè, ut in ea re testis est Ulpianus in *d. §. 3.* Verum tamen est, Ulpianum scribere, sententiam ab Autumno prælatam esse rationi consentaneam, quod ego qui ex semisse sum heres, hereditatem à duobus petere debeam, dimidium ab eo qui non plus suâ parte possidet, dimidium ab extraneo nihil juris habente. Ratio, si rectè puto, hæc sit; Heres ego ex semisse, jus habeo contra eos qui pro herede vel pro possessore possident. Ambo res hereditarias ita possident, ac ideo meum jus universale adversus utrumque instituere possum. Extraneus enim solus à me conventus excipiet; Tuum jus pro semisse, non magis adficit partem à me, quam à coherede meo possessam; Tu habes jus semissis hereditarii, in omnes res hereditarias: quod est verum.

3. Ac ideo coheres meus dimidium partis a se possessæ, qui est quadrans hereditatis, mihi restituere debet; & ipse quadrantem alterum ab extraneo nihil juris habente, petere debet. Hæc est directa juris ratio: Sed cum res in hoc desinat, ut totum onus restitutionis in extraneum solum redundet, judex ad evitandum circuitum, diserte ac inde ab initio extraneum solum condemnabit, quod *est utilius*, ut prudenter subjicit Ulpianus in *d. l. 1. §. 3.* Incidit igitur hæc decisio, in locum communem ejus discriminis, quod est inter jus actionis & officium judicis, qui ut eximie facit ad philosophiam Juris, sic in Foro quam maxime attendi solet ac debet, quâ de *re in Prælect. ad tit. Inst. de off. Jud.* egimus. Nec bene instituit Autumnus, quod in hoc negotio rationem juris subtiliorem utilitati præfert, in eoque non dubito, quin adversam habiturus sit, eorum qui ad fori columnas præsident, sententiam: Qui sic existimarent, non esse faciendum, ut petitor, qui uno defungi potest, duplici judicio experiatur.

4. Sed hoc merito aliquis urgeret, eundem circuitum in actione de rebus soli singularibus, etiam pro diviso possessis, evitandum videri: Ac ideo possessorem fundi extraneum inde ab initio solum esse condemnandum, si non jure actionis, saltem judicis officio: Quorsum enim hoc, ut à Titio, qui nihil juris habet in fundo, & dimidium possidet, nonnisi quadrantem petam; A Cajo autem, qui non plus sua parte possidet, alterum quadrantem petam, ut hic iterum quadrantem à Titio petat? Satius erat, Titium statim in solidum condemnari. Quod ita de Judicis officio non male statueretur: Verum hoc officium ita, ut vis nulla fiat actionibus & insitæ rerum naturæ, adhibendum est. In rebus singulis & in hereditate circuitus facile poterat evitari, quia pro diviso non possidentur, antequam de familia erciscunda sit actum. Sed fundo diversis regionibus possesso, Petitor, qui pro indiviso dominus est, non potest unam regionem vindicare, quam dicere non potest suam esse, non magis sane, quam alteram. Credo tamen, si possessor fundi

pro parte dimidiâ, dum nihil juris habet, à vero partis dimidiæ domino conveniatur, magis hodie esse futurum, ut directè solus à judice condemnetur; ex eâ parte, quæ sanctissima est, officii ipsius, ut lites diminuantur, ut etiam hac parte evitetur ille circuitus, etsi paulo sit audacior hactenus officii Judicis applicatio Plane, de re mobili non posse aliter constitui, manifestum est. Autumni autem subtilitatem, Utilitatis rationi in ipso Foro præferentis Censura, tam ratione, quam utilitatis reputatione caret.

Paulus Lib. XXI. ad Edict.

Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet, si præsens non sit; & non malum est, si bonæ fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur; sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria, in iter, vel navigationem faciendi sunt l. 10. d. R. V.

1. Duplex in hunc locum Censura stringitur à cavillatoribus sæpe laudatis, una, quod restitutio rei petitæ sumptibus actoris facienda dicitur; Altera, quod inter genera sumptuum distinguitur. Quibus in rebus usum fori à jure scripto discrepare testantur; at sine probatione, suo arbitratu. Nobis ratio juris hac in re optima, nec ab usu diversa videtur; maxime, si duos sequentes Ulpiani & ejusdem Pauli locos uno spiritu jungas. Bonæ fidei possessor conventus ad restituendum à domino & damnatus, restituendo rem, ubi est, defungitur; si Petitor instet, ut in loco judicii restituatur, fiat, ipsius tamen sumptu periculoque, quod & Grotius ex jure naturali probat *lib. 2. c. 10. in pr. J. B. & P.* Sed excipit Autumnus; *Post litem contestatam, omnes sunt malæ fidei possessores.* Respondetur, id esse verum, quod ad rem ipsam & fructus attinet, quia tum scivit Possessor rem esse alienam, & domino rem cum fructibus esse restituendam; non scivit, an Petitor alibi rem sibi restitui desideraturus esset, neque de situ rei, à possessore quicquam est admissum, quod damno aliquo luere debeat: Adeò, ut ipse ab initio malæ fidei possessor, nihilo secus ac bonæ f. Possessor, teneatur; nisi factum ejus intervenerit, ut, si rem aliunde subtractam in alium locum transtulerit *l. 12. h. t.* qua causa bonæ fidei possessor, nullo usus sequiore consilio, nihil præstat. Quæ res quominus hodieque servanda sit, ita, ut dictum, nihil profertur & æquitas favet. Etiam huic rei, quod Juris-consultus inter sumptus itineris & cibariorum distinguit; Etenim itinerarios sumptus actore desiderante, fecit possessor, alioqui non facturus. Cibaria pecudi aut homini utique & antea præstabat, & quamdiu possidebat, ubicunque morarentur, ultro suppeditare debuit. Quid est igitur in his definitionibus, quod æquus arbiter reprehendere, vel quo usus fori merito gravari possit?

Ulpia-

Ulpianus Lib. xvi. ad Edict.

Si quis rem ex necessitate distraxit, fortasse huic officio Judicis succurretur, ut pretium duntaxat debeat restituere l. 15. §. 1. *d. Rei Vind.*

1. Gravis iterum Censura, quam meretur Ulpiani FORTASSE, prodit è judicio Autumni, consignata verbis gravissimis è Marciano *in l.* 2. *d. Legibus.* Ubi definitionem legis habet ex authoritate Philosophi, summæ (verba Autumni) Stoicæ Sapientiæ Chrysippi. Lex est omnium divinarum & humanarum Regina rerum, quam oportet esse præsidem bonis & malis, & principem atque ducem regulamque justorum & injustorum, animalibus natura socialibus; præceptricem faciendorum, prohibitricem non faciendorum. *Hactenus Chrysippus.* Sed cum sententia Ulpiani, *pergit Autumnus, in h. l.* 15. nihil præcipiat, nihil prohibeat, auctoritatem Legis obtinere non potest. Τὸ FORTASSIS casum denotat, qui pendet ex arbitrio judicis, & cum ambiguum sit verbum, nihil definitur.

2. Exemplum hujus Censuræ jam habuimus ad *l.* 20. §. 15. *&* 16. *d. Hered. pet.* Nec opus est alio responso ad hunc locum: Est tamen opus ad hanc instantiam; Quod Legis virtus sit imperare, vetare, punire, definitè loqui; non dubitanter, aut tenêre cives suspensos. Quod si maximè non sit dubitantis, sed modestæ circumlocutionis hoc FORTASSE; non convenit tamen Legis Auctori, cujus est αὐθεντεῖν, ut lex Divina, Lex XII. tabularum aliæque se intendunt, adfectare modestiam circumlocutionis potius, quam enuntiationes planas & graves. Concedimus equidem de Nomotheta νομοθέτῃ, quem vocat Theophilus, de summo & absoluto legis conditore. Qui vero legis auctoritatem per se ferendæ non habet, nec summam & absolutam potestatem, magis ad modestiam & circuitum flectit orationem, quemadmodum Senatus Romanus instituere solitus est; Exemplum in Senatus-Consulto Vellejano; *Arbitrari Senatum, rectè atque ordine facturos, ad quos eâ de re in jus aditum erit, si dederint operam, ut in ea re &c. l.* 2. §. 1. *ad SC. Vellej.* Sic etiam Prætores, non præcipiendo vel prohibendo Edicta sanciebant; sed actionem duntaxat se daturos vel non daturos edicebant. Jurisconsultis inter alios plures ejusdem artis Professores, de jure commentantibus, illa modestiæ species aliquanto magis conveniebat, eamque passim in disputationibus & responsis suis prætulerunt, ut ad *d. l.* 20. demonstravimus. Nec quidem animus illis fuit, leges condere, cum scriberent, singulis opiniones suas duntaxat proferentibus: Sed vim authenticam legum à Justiniano demum, facta in Pandectis digestione, acceperunt. Hic autem etsi vim auctoritatis eorum augebat, verba tamen eorum modestiam indicantia cur mutaret, causam non habuit. Censura nullius valoris est.

Paulus Lib. XVI. ad Edict.

Si à bonæ fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut & custodiri debuerit. Nam si integræ opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor. Ut tamen si interea eum usuceperit, actionibus suis cedat petitori, & fructus ejus temporis, quo possedit, præstet. Quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori, de persequendâ eâ re. Quominus enim Petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fugâ sit, usucapiat? Nec iniquum id esse, Pomponius lib. XXXIX. *ad* Edictum scribit. *L.* 21. *eod. tit.*

1. Ultima verba, QUOMINUS &c. ut Florentiæ leguntur, non videntur idoneum habere sensum; quoniam dictio illa *Quominus*, inconveniens isti loco, nullam significandi potestatem habet. Et cum prius dicatur, petitorem eam rem persequi posse, ineptè subjicitur, *quamvis interim, dum in fugâ est, usucapiat*, quasi servus ipse, cujus persecutio fit usucapiat, vel petitor, qui persequitur servum; quod nihilo magis fert juris ratio, quæ usucapiendi usum neque ad rem, neque ad Petitorem, dictat referendum. Videndum igitur, ne non Consentiendum sit Viris doctis, pro *quominus*, legentibus *Cominus*, id est, è *propinquo* vel *statim:* Quomodo Tò *Cominus* utrovis sumi probat Cujacius XI. *Obs.* 39. & Elbertus Leoninus *Emend.* 16. *n.* 7. Atque ita jam olim edidit Haloander. Facilius hæc emendatio se probat, quod literæ *QU.* cum C. commutantur, ut in *loquutus* & *locutus*, *quur* & *cur: Sequutus*, *secutus. Quum*, *Cum*, aliisque similibus: ut vix emendatio esse videatur: nisi quod Leoninus adhuc pro *usucapiat*, legi vult, *usucapiatur*; quia planum sit, emptorem, qui necdum possidet, usucapere non posse, multo minus servum id est, rem possessam, usucapere se, ipsam. Hactenus erudita Crisis.

2. Hæc etsi per me, consistere possint, addere tamen placet quod à me olim ad hunc L. notatum reperio. Putavi sensum Pauli, ut concise loquitur, sine emendatione vel commutatione literarum consistere hoc modò: si τὸ *Quo*, sumas, ut est, pro *quâ re*, sic ut in *l.* 3 § 11. *d. bon. poss. c. tab.* Ulpianus Pauli æqualis & æmulus; *Quo bonum est*, pro, *quâ re* bonum est? Et rursus in *l.* 10. §. 4. *eod. Quo enim bonum est?* Ita Paulus hic, *Quo* enim *minus*, id est, *quâ re minus*, sive, *non*. Species ita est; Servus à non domino bonâ fide possessus, & à domino vindicatus aufugit: Si per negligentiam possessoris, hic tenetur; Si culpa ejus argui nequeat, non tenetur, nisi ad fructus, dum possedit, & actiones cedendas. Quod si necdum usuceperit servum, cum bonam fidem habeat, nihil domino cavere cogitur, cui jus suum est integrum, nec habet querendi causam. Quid enim impedit ipsum persequi servum, etsi possessor eum usucapiat? Hoc inest in his verbis; *Quo (quâ re) enim minus petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat?* possessor scilicet, ut proxime antecedens colon & ipsa res indicat. Hæc interpretatio minime difficilis, si placuerit Lectori, maneamus in Lectione Florentinâ. Nam mihi quidem τὸ *Cominus*, pro ex propinquo,

minus

minus arridet ad literam. Quorsum enim illa persecutionis, quam in infinitum facere jus est, limitatio? Pro *statim* & sine intermissione, ubi *Cominus* sumatur, non vidi adhuc; ne quidem in illo Virgilii *Georg. I.* quod adferunt.

Jacto qui semine comminus, arva Insequitur.

Cominus ibi est è proximo & è manu, non *statim*; loci, non temporis continentiam indicat.

Paulus Lib. XXI. ad Edictum.

Si quis rei suæ alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret, veluti, si quis statuæ suæ brachium aut pedem alienum adjecerit, aut scypho ansam, vel candelabro sigillum, aut mensæ pedem, dominum eum totius rei effici vereque statuam suam dicturum, & scyphum, plerique rectè dicunt. Sed & id, quod in chartâ meâ scribitur, aut in tabulâ pingitur, meum fit; licet de picturâ quidam contra senserint, propter pretium picturæ: sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illâ esse non potest. In omnibus igitur istis in quibus mea res per prævalentiam, alienam rem trahit, meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali, cogar pretium ejus quod accesserit, dare, l.23. §.2.3.4 d. Rei Vind.

1. Duplex in doctrinam hujus loci extat animadversio: Prima est Autumni, altera Hugonis Grotii; de tertiâ, quæ est Connani, *infrà* commodius agetur. Autumnus negat esse justum, ut qui rem meam suæ majori adjungit, ejus fiat dominus, quoniam *hac ratione daretur*, ait, *facultas grassandi in res alienas, quas suis quisque jungeret; quod inhumaniter scriptum est, & ut ingenuè fatear, Paulum, cum legem hanc conderet, æquitatis immemorem fuisse puto.* Atqui non est hæc Pauli peculiaris opinio; Est omnium utriusque sectæ JurisConsultorum, ut indicat æmulus Pauli Ulpianus, idem tradens in *l. 7. §. 2. ad Exhib.* & Justinianus in § 26. *Inst. de Rer. divis.* Inanis est metus, ne per hanc doctrinam detur hominibus facultas in res alienas grassandi; quoniam is, qui per adjunctionem fit dominus rei alienæ, tenetur ad pretium ejus veteri domino præstandum. *h. l.23. §. 4. in fin.* quo nomine datur condictio *d.* §. 26. Decisio tantum ad Partes contendentes, ne de possessione dominioque pugnent, dirimendas pertinet. Cum res una jam è duabus & duorum rebus facta, penes unum esse debeat, res jubet, ut pars fit ejusdem, cujus totum; salvo alteri pretio suæ partis; quo percepto, nulla vis fit æquo & bono; maxime cum adversus eum, qui subripuit vel malâ fide adjunxit, detur actio furti & insuper ad exhibendum; de cujus usu ad *l. seq.* videbimus. *d.* §. 26. & *l. 6. ad Exhib.* Instat Autumnus ex regulâ Juris *l. 11. d. R. J.* Id, *quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*. Loquitur hic textus de translationibus, quæ vi legis ipso jure fiunt, ut non modo est Usucapio, sed etiam Specificatio, Fructuum perceptio & hæc species Adjunctionis, illa regula capi non potest, neque debet; quatenus nihil est verius, quam Legem magis esse dominam rerum nostrarum, quam nos ipsi sumus, ex ratione publicæ utilitatis & tacito singulorum in Civitate consensu. Ac ideo potest efficere lex, ut res nostra,

fine facto nostro, in alium transferatur. Adjuvatur hæc interpretatio ex iis, quæ ad legem sequentem occurrent.

2. Altera Censuræ species à Grotio profecta forte justior est. Juris auctores hanc acquisitionem, quâ dominus Totius, fit etiam dominus alienæ partis illi adjunctæ, volunt esse Juris Gentium, ut docet Justinianus *d.* §. 26. *juncto* §. 11. *ejusd. tit.* Grotius ait, hoc potius esse Juris Civilis, ad commodius transfigenda negotia repertum *lib.* 2. *de Jur. B. & P. c.* 8. *n.* 21. Nam ex ratione Juris Gentium nihil erat simplicius, quam ut res fieret communis, pro ratâ partium, quæ à singulis profectæ sunt, non ut pars prævalens alterius dominium absorbeat; quemadmodum qui pro vicesimâ parte fundi dominus est, tam manet dominus in una parte quam qui partes habet novemdecim in pluribus: & in confusione, partibus licet inæqualibus, si non possit fieri separatio, totum commune fit, pro ratâ partium collatarum §. 27. & 28. *I. de R. Div.* Quæ res cum ita Jure Civili ipso constitutæ sint, non tantum argumento esse videntur, illam disparitatem esse à jure positivo, non à naturali vel gentium; sed etiam quæstioni locum faciunt, aut Censuræ; cur ita consultum sit à Juris Romani conditoribus, ut per adjunctionem rei alienæ in partem rei nostræ, non oriatur Communio, ut fieri debebat, sed dominii translatio fiat. Quid dicemus. An ideo sic placuit, quod communio sit mater discordiæ? Atqui tunc etiam in Confusione, partis majoris dominium partem minorem absorberet, quod non fit. Ergo videamus, an ratio non approbet distinctionem inter partes rerum homogeneas, quæ dicuntur, & heterogeneas. In homogeneis, ut sunt partes fundi, olei, vini, frumenti, singulæ partes civiliter sumptæ habent nomen totius, & sic minor pars æquè sui juris est ac major. Quod in iis, quæ non habent idem nomen cum toto, aliter se habet, ut ansa respectu scyphi, purpura vestis, scriptura chartæ; quæ similesque partes habent se ut accessiones rei principalis, non ut partes simpliciter: quo spectat Theophili dictum, purpuram alienæ vesti adjunctam, τρόπον τινὰ ἀποσβεσθῆναι δοκεῖν, quodammodo extinctam videri, τῷ μὴ εἶναι αὐτὴν καθ᾽ ἑαυτήν, *eo quod per se jam non exsistat, ad* §. 25. *eod.* in vocabulo *extincta*, At verò in, confusione vel commixtione nusquam legitur, partem unam ab altera in eum modum extingui, vel extinctam censeri. Et hoc discrimen, etsi forte subtilius, quàm ut ad Jus Gentium referri queat, tamen quia pertinet ad genus Acquisitionis Juris Gentium, quo Accessionis doctrina in genere suo referri debet, per consequens ad eundem Juris fontem relatum est probabiliter, si non necessariò, à Jurisconsultis & Justiniano.

Paulus Lib. XXI. ad Edict.

Item quæcunqe aliis juncta, accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohærent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut tunc vindicentur: scilicet, excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi, & quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, ad priorem dominum redire non posse. Non idem

idem in eo, quod adplumbatum sit; quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem; plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, actio in factum necessaria est d. l. 23. §. 5. d. R. V.

1. Quominus valeat superior Autumni Censura in doctrinam Juris de Accessione, quasi per eam facultas in aliena bona grassandi daretur, facit hæc ratio, post & præter ea quæ superius adducta sunt; quod plerumque dominus rei, quæ ab alio suæ Rei adjuncta ejusque pars est facta, per actionem ad exhibendum petere possit, ut res sua separetur ab eâ, cui adjuncta est, quo sibi exhibitam vindicare queat, si rem ipsam recipere, quam ejus pretium condicere malit *l. 6. ff. ad Exhib. §. 26. Inst. d. A. R. D.* Sed Cassius & Paulus excipiunt ab hac alternativâ agendi facultate, res adjunctas aliis rebus per ferruminationem; quando vasi vel statuæ ex aliquo metallo factæ vel facto, quædam pars sine interventu alterius materiæ, flando, feriundo adjungitur; Plumbaturam vocant, cum adjunctio fit per adfusum plumbum, ut solent artifices. Inter hos modos Paulus differentiam satis notabilem facit, quod plumbatura rem adjunctam faciat quidem partem ejus rei, cui adjungitur, habeatque effectum Accessionis ordinarium, quo, dum juncta manet, vindicari nequeat; agi tamen ad exhibendum possit, ut separata vindicetur: Quod de parte ferruminatâ non fit juris, quia ferruminatio facit confusionem, ita, ut pars adjuncta fiat idem cum Toto, cui adjunctum est. Hanc differentiam non habere rationem post alios censet Grotius *d. lib. 2. c. 8. n. 21. in fin.* cùm, quod saltem communio pro rata esse deberet, tùm, quod ejusmodi subtilis differentia, per eandem, an per aliam materiam fiat adjunctio, tam notabilem juris effectum producere non possit. De Jure Gentium simplici, concedimus; Jure positivo, quominus probabili ratione sententia Cassii, quæ in Artem Juris influxit, nitatur, causam non video.

2. Plumbatura facit quidem, ut pars adjuncta cohæreat alteri, sed diversitate materiæ intervenientis ad juncturam, partis adjunctæ distinctionem à Toto, & potentiam separandi rursus eam partem, exhibet ob oculos; ut actus quasi primus separationis adsiduò sit in terminis habilibus, in actum secundum & exercitum, ubi visum fuerit, deducendus: cujusmodi repræsentatio in ferruminatione cessat, ubi nihil quam unum totum ex eâdem materia continuatum ob oculos vertitur. Unde pro diversâ constitutione subjecti, diversam quoque partium intentionem, diversamque juris observationem oriri, non est à ratione alienum: Ut tametsi pars ferruminatione juncta, dein à toto separata sit, non redeat tamen ad priorem dominum; cujus jus scilicet, magis peremptorie, quam in aliis rebus adjunctis fieri videmus, extinguitur: quo facit, quod de arbore in alieno solo plantatâ, & postquam inibi radices egerit, erutâ, scriptum est, eam ad priorem dominum non reverti, nec ab eo posse vindicari *l. 26. §. 2. d. A. R. D.* Quia scilicet actis radicibus & immediata coalitione solo penitus cessit, ad instar ejus, quod junctum fuit plumbatura.

Gajus

Gajus Lib. VII. ad Edictum provinc.

Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituit actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere l. 36. in pr. d. Rei Vind.

1. Hanc Juris-Consulti cautionem, his temporibus inutilem esse, docet Groenewegius *hic*, sed ratione, quæ non minus ipsum Jus Civile ferit. *Nam is, qui tanquam possessor convenitur,* ait, *si sua sponte se possidere non neget, etiamsi verè non possideat, tanquam, qui se obtulit rei defensioni, condemnari solet l. 25. h. t.* Proinde, si ob hanc rationem, ex ipsis legibus petitam, Gaji prudentia locum non habeat; oportet, secundum ipsam Juris Civilis disciplinam, hanc requisitionem, à Gajo commendatam, æque inutilem & supervacuam esse, quam moribus hodiernis. Ego verò illam nec olim nec hodie a ratione vel usu alienam puto. Nihil enim aliud continet, quam quod is, qui in rem acturus est, scire debeat, ejus quicum agit, conditionem, an possideat, vel non; aut saltem, an dolo possidere desierit, quæ huic actioni fundamentalis est *l. 9. h. t.* Quid enim, si petitor existimet, reum possidere, qui tamen neque jam possidet, neque dolo possidere desiit, isque neget, uti res est, se possidere; nonne petitor cum expensis rejicietur? An autem hoc periculum aliter, quam diligenter in historiam & statum possessionis inquirendo, evitare potest? Groenewegius interrogationes eâ gratiâ rectè negat hodie, ante litem contestatam in usu esse, quemadmodum & jure recentiori omnino in usu esse desierunt; sed hoc olim, & tempore Gaji secus fuit: Attamen & citra interrogationes, ex adversario, in Jure faciendas, inquisitio, de quâ Gajus monet, utilis & necessaria est, ut demonstravimus. Censor unum modo casum in oppositum fingit, si Reus *non neget*, se possidere. Tunc enim, si possideat, nihil obstat actioni: Si non possideat, ut offerens se liti, ait, condemnabitur. Atqui potest, inquam, fieri, ut reus se possidere neget, idque ex vero: Tum petitor suo damno repelletur. Vel, ut falso neget se possidere, tum possessio ab illo transfertur in petitorem *l. ult. h. t.* Ad illud evitandum, hoc adsequendum, necessaria est inquisitio Petitoris, utrum possideat rem, vel saltem dolo possidere desierit, an secus; idque non minus hodie quam olim.

Ulpianus Lib. 17. ad Edict.

Julianus libro octavo digestorum scribit: Si in alien Area ædificassem, cujus bonæ fidei quidem emptor fui, verum eo tempore ædificavi, quo jam sciebam alienam: videamus, an nihil mihi exceptio prosit: nisi fortè quis dicat, prodesse de damno sollicito. Puto autem, huic exceptionem non prodesse, nec enim debuit, jam alienam certus, ædificium ponere. Sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areæ tollat ædificium, quod posuit. l. 37. d. Rei Vind.

1. Non dubitat Anton. Faber, quin totum hoc temperamentum; *Sed hoc ei conce-*

concedendum est, ut sine dispendio domini area tollat ædificium, Triboniano, vel imperito Interpreti sit adscribendum potius quam Ulpiano, quia pugnet hoc temperamentum cum L. XII. tabularum & cum textibus illis, qui negant, malæ fidei ædificatorem deducere, ne quidem vindicare posse materiam separatam §. 30. *Inst. de Rer. divis. l.* 7. §. 12. *d. A. R. D.* Etiam cum eo, quod ipse Tribonianus mutaverit in *l.* 38. *d. R. V.* ubi dat Prædoni deductionem utilium impensarum, perinde ac bonæ fidei possessori, cum hic nihil detur quam tollendi facultas. Non videtur satis esse causæ per has objectiones, ut huic Censuræ succumbamus. Nam prima objectio de lege XII. tab. aberrat; quia hic non agitur de tigno alienis ædibus juncto, ut in L. XII. Sed de ædificio non in aliena structo areâ. Ad secundam objectionem pridem ab aliis responsum est; Ædificatorem hoc loco non habendum esse pro malæ fidei simpliciter, quia bona fide aream emit: quo respectu Julianus inclinavit ad exceptionem ei dandam: quam ut Ulpianus non dat; ita temperamentum ob mixturam bonæ fidei admittit, ex merito causæ. Tertia objectio recipit eandem, quam habuimus ad *d. l.* 38. responsionem, liberalius agi cum possessoribus in universali, quod est in *l.* 38. quam in singulari quod *hic* vertitur, judicio. Quid ni Faber quartam moveat objectionem, quod necessariæ impensæ à malæ fidei possessore omnino deducantur, & Materia ædificii sit impensa necessaria. Quod esse verum de impensis ædificio antea exstructo adhibitis, non de domo nova in alieno solo ædificata diximus alias in *Prælect. ad d.* §. 30. *I. de Rer. Divis.* Denique Verba *sine dispendio domini areæ*, suspecta sunt Fabro, scribendum fuisse, *sine rei detrimento*, quod longe diversum esse differit. Ut diversi quid inter eas formulas concipi queat, ita in verbis *sine dispendio domini*, detrimentum rei, quod ad dominum se referat, non inesse, nemo dixerit. Ut Textus Juris luxemus aut mutilemus, rationes oportet esse graviores, quam sunt hæ Fabrianæ.

2. Aliquanto minor est ratio Fabri ad *l. sequ.* ubi, versum *Constituimus vero*, censet æque à Triboniano Imperatorem agente adjectum; quasi *constituendi* verbum non sit JCti, sed Principis, id enim præcipuum est; Realia tanti non sunt, ut separatum ea de re locum hic collocare libeat. Sed constituendi vocabulum non male convenire Jurisconsultis non tantum inde probabo, quod Prudentes veteres Jus constituere dicuntur in *l.* 120. *d. V. S.* Verum quod constituere idem significat, quod decernere, in animũ inducere, ut hoc loco, præ se fert. *l.* 23. §. *ult. d. Inoff. Test. l.* 4. *Quis ord. in bon. poss. & Passim.* Hæc cum Textu collata facile sedebunt Lectori.

Papinian. Lib. 2. Respons.

Sumptus in prædium, quod alienum esse apparet, à bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donavit, neque à domino peti possunt; verum exceptione doli opposità, per officium Judicis, æquitatis ratione, servantur; scilicet, si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: Etenim admissa compensatione, superfluum sumptum, meliore prædio facto, dominus restituere cogitur l. 48. *eod. tit.*

1. Censura bimembris in hunc textum editur, ab Autumno prius: ab aliis deinceps. Ille, juris & æquitatis rationem velle statuit, uti sumptus in prædium, quod alienum esse apparuit, à bonæ fidei possessore facti, ab eodem repetantur eique restituantur sine ulla compensatione, cum fructibus ante litem contestatam perceptis, admittendâ. Rationes ejus sunt hæ. I. Bonæ fidei possessor fructus ante litem contestatam perceptos facit suos *l. 48. in pr. d. A. R. D.* imo lucratur eos *l. 4. § 2. Fin. regund.* Quâ ratione igitur, quod ad me pertinet, quod lucro meo cedit, compensare cogar cum aliâ, quæ mihi debetur, pecuniâ, veluti, ex impensis in rem alienam factis? Si quid ego vicissim debeam, hoc cum impensis à me factis & mihi restituendis compensandum; quod lucratus sum, quod jure meo percepi, ut sunt fructus ante litem contestatam percepti, hoccine minuet jus crediti mei ex impensis? Imo utrumque mihi debitum cumulative præstandum, non altero deterendum videtur.

2. Non caret specie veri & æqui hæc objectio, contra sententiam Papiniani, in *hac l. 48.* colore tamen Æquitatis tinctam vel magis in ea fundatam, poteritque, si rectè puto, exemplum hoc esse, quo ita servetur; Juris positiones æquitatem in recessu frequenter habere quam in fronte non præferant. Indubitati quidem Juris ita est; Sumptus in rem alienam facti à bonæ fidei possessore, servari possunt ab eo, non directè, sed officio judicis interveniente, per exceptionem; haud tamen aliter, quam si excedant valorem fructuum ex aliena re perceptorum, purè, deductis scilicet impensis in ipsa perceptione fructuum factis. Nam possessor, ex alienâ re, cum ratione, lucrum desiderare non potest, si modò præstetur indemnis. Indulgent tamen leges ei propter bonam fidem, operamque curæ & culturæ adhibitam, quicquid lucri, suprà impensas, apud eum resederit. Proinde, quod leges de acquisitione fructuum & lucrifactione tradunt, in gratiam bonæ fidei possessoris, habet hanc limitationem, vel conditionem, si lucrum illud majus sit impensis in rem factis, *h. l. 48. & l. 65. in pr. h. t.* quod est medium respondendi ad argumentum Autumni. Cujus secundæ rationi (prima loco est hæc apud illum,) deinceps satisfaciendum. Prædo, id est, malæ fidei possessor, inquit, deducere potest sumptus necessarios, & utiles, quibus rem fecit meliorem ex *l. 38. d. Hered. pet. l. plane 78. d. R. V.* vel saltem tollere potest quod impendit *l. Julianus 37. h. t.* quæ tollendi facultas etiam bonæ fidei possessori, & multo quidem justius, sine ulla mentione fructuum perceptorum vel compensationis, debetur. *l. 27. §. ult. l. 38. h. t.* Ergo, si repetitio vel deductio impensarum necessariarum integra conceditur ei, cui fructus percepti non conceduntur, ob dolum suum, multo magis integra deductio impensarum permittenda est ei, qui ob fidem bonam fructus lucratur. Responsio est, in illa tollendi facultate quæ malæ fidei possessoribus permittitur, subintelligendam esse eandem limitationem, quatenus impensæ fructus perceptos superant. Absurdum enim foret, si cum malæ fidei possessore liberalius ageretur, quam cum eo, qui bonam fidem habet; Ita satisfactum est Autumni censuræ.

3. Non desunt tamen & alii Scriptores gravissimi, quibus iniquum & absurdum videtur, unâ manu bonæ fidei possessori lucrum addici & aliâ rursus eripi; eosque etiam hoc male habet, quod Papinianus ait, fructus ante litem contestatam

tam

tam perceptos cum impensis compensari, de fructibus post litem contestatam perceptis altum apud ipsum esse silentium. Atqui ad hosce restituendos, cum exinde fuerit malæ fidei, possessor omnino tenetur *l.* 25. §. 7. *d. Hered. pet. l.* 22. *C. de Rei Vind.* Ergo & hos compensare tenetur absque dubio. Proinde, cum Papinianus non de utrisque, sed unâ fructuum specie loquutus sit, in hac *l.* 48. & *l.* 65. *in pr. h. t.* probabilius est, eum tam compensationem de perceptis post, quam ante litem contestatam fructibus intellectam voluisse. Quod ut æquitati mentique Papiniani consentaneum movit Viros Doctos, ut crediderint, in hac *l.* 48. & in *d. l.* 65. scriptum esse *Post litem Contestatam*; quod adeo visum fuit indubitatum Haloandro, ut in textum editionis suæ, recipere non dubitaverit. Charondas in editione suâ, nihil quidem mutavit in textu, postquam Florentinæ Legi, *ante litem contestatam*, vulgatum est: sed in orâ libri adjecit, melius legi, *A lite contestata*, ductus eo, ut videtur, quod Cujacio tralatitium est, descriptores antiquos notis suetos, putasse, cum A. viderent, esse initialem *Ante*, quod substituerint. Hæc à me fere ita in *Prælect. ad h. t. n.* 10. collocata, ex parte reperiuntur etiam apud Sandium 3. *decis.* 15. 2. quem in *Prælect.* non laudavi, ignarus hæc apud eum extare: quod ideo monere visum, quia, quicquid de meis scriptis fiat, à crimine Suppressionis & plagii abesse volo, tamen etsi haud otiosam hic esse repetitionem conferenti patebit. Quamvis autem hanc emendationem secutus aliquando Senatus Parisiensis judicaverit, bonæ fidei possessorem fructus ante litem contestatam perceptos habere præcipuos, nec eos ab impensis, quibus res melior est facta, deducendos, ut testatur Papon. in *Rubr. de Restitut. des fruits, art.* 14. non est tamen recedendum à communi sententia Interpretum, quos magno numero recenset in *d. loco* Sandius, quibus addes Brunnemann. *ad h. l.* 48. qui tenent, Impensas & meliorationes a bonæ fidei possessore aliter non posse deduci, quam si fructus, etiam ante litem contestatam perceptos, aut eorum æstimationem excedant. Nam hoc, quod pene obliti sumus, est tenendum ad verba *l.* 48. *ante litem contestatam*, Papinianum de his compensandis solummodo, non de perceptis post litem contestatam, esse loquutum; quia fructus post litem contestatam percepti omnino & absolutè restitui debent; ante litem vero percepti cum peti non possint, tamen compensationi subjectos esse, docere voluit, quod de perceptis post litem contestatam monere supervacuum & prope ineptum erat.

4. Quamvis autem res & Papiniani verba clara omniumque Doctorum consensus, obtinuerunt, ut impensæ cum fructibus compensandæ sint, illa tamen Species æquitatis exhibita *superius*, ad hypothesin deducta, fecit, ut hæc sententia multorum arbitrio notabilem acceperit restrictionem. Pone casum; Bonæ fidei possessor pluribus annis usus est fundo, percepit fructus, consumpsit eos, non est inde locupletior: Fecit exinde majores impensas, auxit prædium luculentis accessionibus, ad perpetuam meliorationis causam pertinentibus. His factis evincitur Fundus, Possessor id agit, ut impensas deducat. Petitor refutat eum, compensatis fructibus olim perceptis & dudum consumptis, è quibus non est locupletior; Forte nec impensas è fructuum pretio fecit, verum has aliunde e suo, credens se rem propriam excolere, contribuit; Durum & iniquum est,

petitionem Impensarum ac meliorationem eludere per compensationem fructuum, è quibus liberaliter vixit bonæ fidei possessor, qui hac ratione, gravi damno mulctaretur. Ergo, fiat, inquit, æstimatio & compensatio fructuum adhuc extantium cum perceptis post litem contestatam: sed ad consumptos, aut etiam usucaptos ne cogar extendere compensationem. Hoc adeo ita Juris esse putavit & tradidit Anton. Faber in *lib. 7. C. Sab. tit. 18. de fruct. & lit. exp.* Idque Suprema Frisiorum Curia probavit, apud Sandium *d. def. 2. tit. 15. lib. 3.* ratione speciosâ, quod fructus extantes antea percepti, cum his qui post litem contestatam percepti fuere, sint restituendi, *l. 22. C. h. t.* Ergo etiam compensandi. Consumpti ut non sunt restituendi, ita nec compensandi sint. Sed utcunque restrictio illa, tam æquitatis quam dialecticâ specie blandiatur, Juridica tamen non est, ut ipse Faber dubitatione multa defunctus agnoscit, in *rational.* ad *d. l. 48.* De Papiniani sententia, dubitare non patiuntur hujus verba textus: Et Æquitatis species removetur inde, quod antea diximus, Indulgentiam hanc esse legum, ut bonæ fidei possessor, lucrum quod vere lucrum fit, è fructibus retineat; non est autem lucrum, penes ipsum residens, quod è fundo profectum rursus in fundi meliorationem impensum est. Nec, etsi forte sumpsit aliunde possessor, quod impendit, id jus petitoris mutat; à quo postulandum non est, ut meliorationes, quæ de fructibus rei suæ fieri potuissent, & quas ipsemet inde fecisset, restituere, & fructus è re suâ ab alio perceptos nec repetere nec compensare possit: Præter quod tralatitii juris est, multa quæ peti nequeunt, posse compensari *l. 6. d. Compensat.*

5. Adhuc alia restrictio, vel potius censura sententiæ Papinianeæ tentata fuit, hoc modo; Fiat compensatio fructuum post meliorationem perceptorum: Hos enim b. f. possessor in solutionem impensarum convertere debuit, vel si neglexerit, habet quod sibi imputet. Verum, quos percepit fructus, & quos consumpsit, antequam de impensis extraordinariis cogitaret, hos ipsi relinquere sit tandem æquitatis peremptoriæ. Amplexi sunt hoc temperamentum Supremæ Curiæ apud Frisios major pars dominorum, ut testis in eâ re Sandius est, *loco citato.* Quippe ita fere usu venit, in conflictibus arbitrariæ æquitatis, cum in hypothesi versamur, adversus regulas Juris generales, quæ non sunt adductæ in hypothesin contrariam; ut aliquod medium eludendæ legi, ab iis qui hanc paulo duriorem putant, excogitetur: Etsi nec Judicis hoc neque boni Interpretis esse recte quis dixerit. Nihil est certius, quam Papinianum dare compensationem omnium fructuum ante litem contestatam perceptorum & consumptorum, sive ante, sive post factas meliorationes. Idque rationi Juris antea demonstratæ ita consentaneum est, ut ob singulares circumstantias, quæ tamen ab intentione Legislatoris non abhorreant, à regulis juris non sit recedendum. Maneat igitur sententia Papiniani integra, & hic locus non modo ab emendatione liber, sed etiam immunis à Censurâ.

Julianus

Julianus Lib. VI. ex Minucio.

Minucius interrogatus, si quis navem suam ex alienâ materia refecisset, num nihilominus ejusdem navis maneret, respondit, manere. Sed si in ædificanda eá idem fecisset, non posse, Julianus notat; nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur. l. 61. d. Rei Vind.

Justinianus Augustus.

Cum ex aliena materiâ species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione Dominus sit; utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit &c. Et post multam Sabinianorum & Proculejanorum ambiguitatem, placuit media sententia, existimantium, si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. §. 25. Inst. de Rer. divis.

1. Prior pars Legis *Minucius*, non habet difficultatem. Partibus enim mutatis, rem eandem manere, licet toties refecta sit res, ut tandem nulla non pars ejus nova sit, in eo Juris auctores consentiunt: idque πραγματικῶς demonstratur ab Alfeno in *l. 76. d. Judic.* ubi pluribus utitur exemplorum instantiis, inter alia corporis humani, quod idem sit hodie cum eo quod ante annum fuit, etsi jam nulla in corpore nostro particula, quæ tum fuit existat, ut μάλα φιλοσοφικῶς ille demonstrat. Sed altera pars legis de navis ædificatione docet, navem ex alienâ materia factam, non esse ejusdem, cujus est materia; sed eundem esse dominum, qui dominus est carinæ, hac voce pro materiâ, ut communiter intelligunt, acceptâ; etsi propriè significet infimam navis partem. Sed hac de re statim pressius.

2. Historiam doctrinæ de Specificatione refert Justinianus in suprascripto §. 25. & Gajus in *l. 7. §. 7. d. A. R. D.* ubi hæc res iterum occurret; sed ubi primum offertur, eam transvehi non licet. A Romanis Jurisperitis dissentiunt cum alii, tum Franciscus Connanus & Hugo Grotius. Primus in *lib. 3. Comment. cap. 6.* in diversum disputat, ut primo quidem à manu præceptorum sese emancipet; *Juris-Consultorum*, inquit, *auctoritatem tantisper sequi decrevi, dum doctrinæ suæ rationem adferent. num. 6.* Bene pro philosopho, non æque pro Juris Interprete, qui hunc morem sequutus pleraque certa, quærendo rationes, everteret; ut Neratius observat in *l. 21. d. LL.* Sed nos in instituto, adserendi Jus Rom. rectæ rationi, versamur. Pergat igitur Connanus; Quod *generaliter à JurisCtis traditur, cum species ad eandem materiam reduci non potest, eam esse ejus, qui fecit: sin autem reverti potest, ejus esse, qui materiæ dominus est, non probatur mihi. Neque persuadebunt mihi unquam, ut vinum ex uvis meis factum, non meum potius sit, quam ejus, qui fecit n. 3.* Ipse vero ita arbitratur; Animadvertendum esse, in utra plus valoris & pretii sit, in materia, an arte faciendi. Si materia pluris sit, eum esse dominum speciei factæ, cujus materia fuit: Si Artis operæque æstimatio ma-

teriæ pretium superet, eum esse dominum, qui speciem fecit. Juris-Consulti verò naturam ipsam rerum, non æstimationem pretii spectant. De naturâ & constitutione rerum, Sabiniani sive Cassiani ita statuebant; materiam, speciei factæ magis substantialem esse, quam formam; Ideoque navem factam ejus esse, cujus fuit lignum, sicut poculum ex alieno argento factum, ejus est cujus fuit argentum. Proculejani vero sive Pegasiani putabant, formam magis essentialem speciei factæ esse, quam materiam. Ideoque eum qui fecisset poculum, vel navem ex alienâ materiâ, quia produxerat rem, quæ prius non fuerat, hunc pro domino speciei esse habendum. Quid profert Connanus, quamobrem pretii potius, quam naturæ ipsarum rerum habenda sit ratio? Nobis utravis antiquorum sententia magis placet, quia constitutio rerum naturalis & stabilis est in se; Valor & pretium ab hominum arbitrio & variabili æstimatione pendet, dum alius artificium plurimi facit, alius operam manusque pretium contemnit: denique, rationem dominii ab eo, quod extrinsecus accedit, ut est pretium, potius, quam ab ipsius rei constitutione petere, non habet rationem. Recentior schola Juris-Consultorum veterum, obsolescente factionum præjudicio, mediam institit viam; ut dominium speciei modo esset penes materiæ dominum, modo penes auctorem formæ, prout hæc aut illa prævaleret: jus autem prævalentiæ iidem non à pretio, sed iterum à constitutione rerum accuratius consideratâ petierunt. Si talis esset species, quæ facile ad primam rudemque materiam reduci posset, ut poculum, vivere adhuc materiam, in actu saltem primo, eique suum jus adserendum putarunt, ut cujus hæc fuisset, is dominus speciei habeatur: Quod si nova species ad primam rudemque materiam reduci non possit, ibi jus materiæ exstinctum, nec quidem actu primo superesse judicarunt: Ac ideo existimarunt, dominium ejus, qui speciem fecisset, esse debere; salvâ utroque casu actione in factum, ad repetendum materiæ, vel operæ pretium. Si ratio sive Cassianorum opinio, ut demonstravimus, delecta ex illis & elaborata, quâ dominium certo loco, quod Juris auctores quærunt, constituatur, illa fine dubio præferenda est; ut dicere nobis liceat, Justiniani distinctionem, quam Connani, esse meliorem.

3. Quin nec vana prædicatio fuerit, si adversus ipsam Grotii censuram, Caji, Juliani & Justiniani distinctionem sustineri posse contendamus. Sic ille scribit, *At si naturalem veritatem respicimus, sicut confusis materiis, communionem induci, pro rata ejus quod quisque habeat, Romanis quoque Juris-Consultis placuit, quia res alium exitum naturaliter reperire non poterat, ita cum res constent materiâ & specie, tanquam suis partibus, si alterius sit materia, alterius species, sequitur, naturaliter rem communem fieri, pro rata ejus, quanti unum quodque est. Species enim pars est substantiæ, non substantia tota, quod Ulpianus vidit, cum dixit, mutatâ formâ, prope interemptam substantiam.* Ita Grotius *lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 19. Existimo, Juris-Consultorum sententiam non paulo civiliorem & solidiorem esse, quam hæc Grotiana, per quam primo fit hoc, quod Juris-consulti summopere evitandum putarunt, ut communio introducatur; quam illi ut matrem discordiarum, secundum ipsam rationem naturalem, de pace quærenda, semper aversati sunt. Dein habet id commune cum opinione Connani, quod ineunda sit formæ sive speciei æstimatio, secundum quam, partes constituantur. Denique, illa partitio,

tio, rei velut, in duas integrantes, quæ sint, materia & species sive forma, nimis est impropria nimisque subtilis, an insubtilis, quam ut juris conclusiones efficere possit. Nec habuit Ulpianus eam in conspectu, cum dixit, mutatâ formâ, prope interimi substantiam; sed hoc voluit, mutata rei formâ, novam rem esse factam: exstinctâ materiæ appellatione & consideratione, quæ fuerat prius, civiliter potius quam physice; quod ad juris differentiam sufficiat. Inde igitur nova res novumque dominium oritur, procul habitâ ratione communionis & divisionis, secundum valorem formæ & materiæ, quâ nihil alienius à mente Ulpiani & reliquorum Juris-Consultorum, addere non verear, à ratione recta.

4. Hæc pro Specificationis doctrina suffecerint. Verum enim vero satin' cum eâ convenit hoc Juliani responsum, quo navem ædificatam carinæ, id est, Ligni causam sequi, adfirmare videtur? Navis enim est ex earum numero specierum, quæ ad primam rudemque materiam reduci nequeunt, ideoque formæ, non carinæ causam sequi deberet. Responsio duplex est; Una, per carinam non intelligi lignum, sive materiam navis universam, sed infimam ejus partem, & fundamentum, cui reliqua navis inædificatur, ut hæc ejus vocabuli certa & fere perpetua significatio est. Si quis igitur ædificet navem super alienam carinam, ille dominum facit eum, cujus est carina; quemadmodum si quis inferiorem ædificii partem, quæ solum contingit, ad se pertinere probare potest, reliquam domum à vicino impositam rectè sibi vindicat *l.* 2. *C. de Rei Vind.* quâ re tollitur antinomiæ species, quæ esse creditur inter hanc *l.* 61. *&* *l.* 26. *in pr. d. A. R. D.* ubi convenienter receptæ de Specificatione doctrinæ, respondet Paulus; si de meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia non amplius tabulæ vel cupressus, sed cupresseum corpus & navis est. Loquitur de structura navis integrâ, non de ædificatione super alienam carinam. Est alia responsio laudata Connano *d. lib.* 3. *c.* 6. ultima verba, *nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur*, ad priorem legis partem, non ad ultimam pertinere; Quæ responsio placere non possit, nisi tota lex cum paraphrasi ultimæ partis recenseatur. Hoc modo; *Minucius interrogatus, si quis navem suam alienâ materiâ refecisset, num nihilominus ejusdem, navis maneret, respondit, manere. Sed si in ædificandâ ea idem fecisset, non posse ejusdem dominium manere, Julianus notat*; ut priore casu. *Nam illo proprietas totius navis carinæ causam sequitur*; Carina pro materiâ navis acceptâ, ut fit. Hoc autem casu, quod ædificatum est, non amplius lignum, sed navis, ac ita dominium alterius est; utroque sensu Julianus a communi doctrinâ minimè recedit, ut volunt Antinomiarum Præcones.

Ulpianus Lib. 51. ad Edict.

Qui restituere jussus Judici non paret, contendens, non posse restituere; siquidem habeat rem, manu militari, officio Judicis, ab eo possessio transfertur, & fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, siquidem dolo fecit, quominus possit, is, quantum adversarius in litem, sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit,

cis, quominus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Hæc sententia generalis est; & ad omnia sive interdicta, sive actiones, in rem sive in personam sint, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet. l. 68. d. Rei Vind.

1. Antonius Faber *lib. 16. Conjectur. c. 17. Jam pridem*, inquit, *tota hæc lex mihi suspecta visa est &c. Nunc vero audacter adfirmo, ne unum quidem verbum in tota lege esse*, quod Ulpiano adscribi *debeat, omnia esse Triboniani.* Quæ est admodum nova Censura, licet haud nova Fabro, cujus aliquot id genus specimina habuimus. Repetendum est tamen, hoc modo institutum & morem emblematicum, quo Tribonianus aliquando peccasse dicitur, ἀφαιρέσει, προσθέσει, ἀλλοιώσει, *Addendo* aliquid, *subtrahendo*, *vel mutando* in verbis veterum Juris-consultorum, enormiter excedi. Integram Legem fingere & componere eamque Ulpiano adscribere, nimis improbum fit factum, nec ullo modo cum præcepto Justiniani comparandum. Is ita præceperat, ut Tribonianus cum suis Adjutoribus, è veterum operibus excerperent ea quæ Artem perficerent, omniaque ad usum adtemperarent, nominibus auctorum præscriptis, ut illis sua laus maneret. Huic instituto satis erat consentaneum, paucis verbis dicta veterum flectere ad usum temporis Justinianæi; modo id sine contradictione & confusione fieret: Sed integrum & novum scribere commentarium, eique Ulpiani vel Papiniani præscribere nomen, & locum, unde descriptus sit commentitius ille commentarius, id vere flagitium & falsi crimen in Triboniano fuerit: quod liceat nobis ut præjudicium opponere Fabri censuræ, potius quam acerbius de illo judicium; quod in causa fuisse reor, quominus Willenbachius noster hunc locum inter *emblemata Triboniani* retulerit. Videamus rationes Fabri.

2. Primum ejus argumentum est è stylo hujus legis 68. qui totus redoleat manum Triboniani, & Ulpiano sit indignus: Specimina monstrat hæc; *Siquidem habeat rem. Si vero non potest restituere, Si quidem dolo fecit. Si verò nec potest. Ad omnia sive Interdicta sive actiones. Actiones in rem sive in personam sint. Ad omnia locum, pro in omnibus:* quæ phrases occurrunt in *hoc textu. Malâ ubique grammaticâ*, ait Faber, *quam Ulpianus non solum bonam, sed etiam elegantem dedisset.* Respondet Bachovius, *hanc rationem esse nullius pretii, præsertim profectam ex ore Antonii Fabri, qui minime bonus est criticus, tract. de Action. th.* XI. Oportet tamen ex intima Crisi petitum sit, quicquid hoc est argumenti; quod quidem in hoc genere non est spernendum, ut nec Antonii Fabri judicium utcunque perpetuis lacerati Bachovianis argutiis & conviciis, etsi Wissembachium nostrum hac parte Bachovius abripuerit. Attamen in hac crisi, forte an præter ultimam, qua stylum hujus *l.* 68. Faber insectatur, *ad omnia locum habet*, ego tam nasutus non sum, ut malæ grammaticæ notas in illis excerptis locutionibus animadvertam, nec istud *ad omnia* tam ab elegantiâ quam ab analogia deflectens animadvertas, de quo confer sis Ulpiani locutionem in *l. 1. pr. De Legat. præst.* Proinde missis verbis, rerum argumenta post Bachovium *d. loco* & Wissembachium ad *h. t. th.* 14. non tamen ex illis, ut conferenti liquebit, consideremus.

3. Ex rebus primum, quod in *hac Lege* malè habet Fabrum, est, quod scribit inde *à princ.* eum, qui restituere jussus judici non paret, si rem habeat, cogendum

dum *manu militari*, ut rem restituat. 1. *Quia id fieri non possit, sine vi & impressione, quam Legislator exosam habeat*; Resp. Est hæc vis quædam legitima, non tam exosa legum Auctori, quam in rebus judicandis necessaria. 2. Movet instantiam ex *l. 1. C. de off. milit. jud.* Ubi, *nunquam omnino in privatorum negotiis Vel tuitio militaris*, Vel *executio tribuatur*. Respondesis, ibi, ne vis armatæ militiæ in civilibus negotiis à judicantibus adhibeatur, præcipi; quod aliis quoque legum conditoribus curæ fuit, etiam Frisiis, qui haud temere ullum Juris Civilis salubre monitum negligunt *lib. 3. Stat. tit. 5. art. 1.* Idque Frisii orientales inter leges suas fundamentales numerant; Ex quo principio, cum Prætor quidam, Vir Nobilissimus anno MDCLX. militari manu stipatus in executione possessoriâ, resistentibus qui erant in possessione, occubuisset, disputatum fuit à nonnullis, haud injuria cæsum videri, quod contra leges manu militari usus esset. Verum in hac *L. manu militaris*, non est, è cohortibus militum sacramento in numeros relatorum, sed globus ministrorum aut lictorum adsistentium Executoribus, qui armis instructi, sunt manus ministrorum *l. 7. §. 2. Si vent. nom.* aut manus militaris vocantur, etiam in *l. 3. pr. Ne vis fiat ei*, qui est locus Ulpiani ex *Lib. 68. de Edict.* quem locum æquè corruptum esse à Triboniano, non est indulgendum Fabri, litem lite resolventis, conjecturæ. Officium militare quod dicitur in *l. 2. C. Si mancip. ita ven. ne prostit.* huc etiam pertinet. *Sed adminiculum militare* in *l. ult. C. de His qui Latr.* de militibus veris intelligendum, quia Latronibus corripiendis civile adminiculum, quod ibidem memoratur, sæpe non sufficit, & publica utilitas, quæ in civilibus repudiat milites, illos in latronibus capiendis flagitat.

4. Pergit Faber; *Juris ratio non patitur*, inquit, *ut incipiatur ab executione, id est, ut executio præcedat condemnationem l. 1. C. de Execut. rei jud. Atqui præceptum illud Judicis rem restitui jubentis, non est condemnatio, sed arbitrium, quod in omnibus actionibus arbitrariis, cujusmodi est vindicatio, præcedere oportet, ut, si non pareatur, condemnatio sequi possit l. 14. §. 4. Quod met. C. §. præterea 31. Inst. de Action.* Et tamen Executio, *sic adsumi vult*, statim sequitur illud Arbitrium, ac ita præcedit sententiam, sive condemnationem peremptoriam. Responsio est, Arbitrium, quo judex in actionibus Arbitrariis, causâ cognitâ, rem petitori jubet restitui, non esse quidem sententiam semper & simpliciter, esse tamen aliquando; si reus rem, uti jussus est, restituat; tunc enim, alia non sequitur, nisi fructuum causâ, condemnatio, quæ cum priore tum conjungitur, ut pariter sententiam efficiant. Ponamus hoc paulo plenius. In actionibus Arbitrariis judex hanc formulam accipiebat; *Si paret rem quam Titius possidet, esse Caji, Judex condemna*, ut ad *§. 31. I. de Action.* dictum est. Secundum hanc formulam, judex causam cognoscebat, & si rem petitoris esse comperisset, hanc restitui jubebat. Si reus parebat, nihil amplius supererat, quam ut fructus Judicis officio restituere juberetur: Ita, ut ille jussus rem ipsam restituendi, cum ultima adjudicatione fructuum, pariter efficerent condemnationem actionis naturæ convenientem. Quod si reus non restitueret ipsam rem, sequebatur condemnatio peremptoria, simul ad rem & fructus restituendos *d. l. 14. §. 4. Quod met. C. & §. 31. I. de Action.* Neque tamen semper Judex ita servabat: Naturæ quidem

actionis id ita conveniens erat; officium Judicis aliquando secus injungebat. Huc pertinet, quod Paulus habet in *l.* 18. §. 1. *Quod met. C. Non tamen semper, ait, in hoc judicio*, quod est arbitrarium, *Arbitrio*, id est, jussu prævio *judicium dandum* est. *Quid enim, si manifestum sit, restitui non posse? veluti, si servus dolo malo traditus defunctus sit: Ideoque protinus condemnari debeat in id, quod intersit actoris.* Eadem ratione; Si palam sit Reum & habere rem & posse restituere, ut in hac lege fit, quamvis hoc neget Judex omissis ambagibus, non ferens auctoritatem suam contumaciâ rei manifestâ per calumniam de ordine judicii & actionis Naturæ, eludi, per ministros executionis armatos rem jubebat restitui, & in fructus addebat condemnationem, perinde ac in restitutione voluntariâ fieri solitum esse diximus; ut etiam hoc sensu & casu Arbitrium illic esset Sententia.

5. Hinc fluit responsio ad præcipuas Fabri difficultates ex hoc principio petitas. I. quod executio inquam, ex hac L. præcedat sententiam. Resp. Non fit, Arbitrio sententiæ vim habente, quam diximus. II. Quod post sententiam & ejus executionem de fructibus Judex amplius pronuntiare non possit, ut tamen heic fit, si Arbitrium, ut ponitur, sententia sit *l.* 3. *C. de fruct. & lit. exp.* Resp. Ordinario agendi modo sic est; non usquequaque ita, ubi Judicis officio extra ordinem proceditur. Arbitrium de restituendo habet vim sententiæ, suspensam exinde, si reus aut ultro pareat, aut calumniose jussum judicis eludat; quo casu suspensa prius sententiæ vis operatur & durat ad plenum restitutionis, etiam quod ad fructus attinet, effectum. In Arbitrium sive jussum restituendi non venere fructus, sed officio judicis præstari jubentur *l.* 48. *h. t.* Et cum hoc negotium in *l.* 68. non jure actionis, sed officio judicis administretur, nihil vetat, id quod in Arbitrio non fuit, officio Judicis nondum finito comprehendi. Huc accedit, quod taxatio fructuum post sententiam plerumque fit, etiam in hodierna tritura Fori, ex officio, quia in prima sententia nonnisi simplex in fructus condemnatio fieri solet nec aliter commodè potest.

6. Simul inde constat, non habendam esse hanc legem, pro Constitutione Justiniani abrogantis actiones arbitrarias, ut vult Faber in *fin. d. cap.* 17. cum ipse Justinianus actiones arbitrarias adhuc post compositas Pandectas, agnoverit & juri convenienter antiquo exposuerit in *d.* §. 31. *I. de Action.* In toto Jure siccrebro fieri videmus, ut officium Judicis à Jure discrepet actionis, estque unum hoc è præcipuis philosophiæ juridicæ capitibus, ut *ad tit. I. de off. Judicis* demonstratum est. Jus actionis arbitrariæ est, ut primo fiat jussus, ad restituendum & dein si non pareatur, condemnatio gravior. Officium Judicis est ut rem statim auferri jubeat, *si rem contendat se non posse restituere*, quam tamen habet, & quam posse restitui, patet ex eo quod sequitur, ex ablatione per judicem factâ; plane, quemadmodum statim, sine prævio Arbitrio ad restituendum, constet, non posse restitui, in id quod interest, fit condemnatio. Geminum huic quæstioni exemplum in processu possessorio habemus; qui ordinarius est per viam interdicti & judicis dati; sed aliquando Prætor extra ordinem, decretum restituendi possessionem exequitur, nonnunquam etiam per manum militarem. *l.* 3. *in pr. Ne vis fiat ei qui miss. in poss.* Eadem duplex procedendi methodus habetur in *l.* 1.

§. 2. *Si*

§. 2. *Si mul. ventr. nom.* Qui dolo possidet, is aut per interdictum, ordinariâ viâ, inde amovetur, aut Prætor eum extra ordinem decedere cogit, manu ministrorum, quæ aliàs Manus militaris appellatur. Ex quibus locis apparet, ipso jure veteri non esse insolens, ut officium Judicis ordinariam actionis viam prævertat, sine violatione regulæ inviolabilis, quæ ab executione non esse inchoandum docet.

7. Unum male habet in *d. l.* 68. quod extraordinarium illud remedium *Manus*, ubique Prætori adscribitur, hic verò judici; Quamvis autem Prætor etiam Judex appellatur in *l.* 1. *l.* 81. *d. Judic.* id tamen hoc loco fieri non videtur; quia in actionibus arbitrariis, Jussus judicis rem jubentis restitui, nonnisi ad judicem pedaneum referri potest. Neque tamen dici potest, hæc verba, *judicis officio*, à Triboniano esse infarta; quia Prætoris partes in hoc Arbitrio, sive jussu Judicis interlocutorio intervenire non potuerunt. Ergo dicendum ita; Prætoris manum semper Judici, vel ordinariâ viâ, vel ex officio procedenti, fuisse paratam; sicut executionem sententiarum à Judicibus pedaneis latarum, à Prætoribus esse profectam, satis constat, & ad *tit. de Offic. Præt. & de Jurisd.* demonstratum. Officium igitur Judicis & Manus Prætoris sunt res conjunctæ, ut quod Judex à Prætore datus ex officio pronuntiat, id per manum ministrorum ejus executioni detur.

8. Hac nube difficultatum perruptâ, quod superest facile dissipabitur, nisi quid incidat novi scrupuli. Quid juris sit, quando reus per contumaciam, Judicis arbitrio insultat, neque rem, quam certo potest, vult restituere, dixit in priore periodo Ulpianus. Quod si restituere non possit, ita distinguit; Aut dolo factum est, quominus possit, aut res sine dolo non habet facultatem. Priore casu tenetur in id, quantum adversarius in litem, sine ulla taxatione, in infinitum juraverit; Altero, duntaxat in id quod interest tenetur. Hanc distinctionem Juris rationi satis esse convenientem nec ipse Faber negat.

9. Sed de jurejurando in litem agit prolixe. Ad nos verò hoc unum spectat; & novum parit *censura* periculum, quod Ulpianus scribit, Petitorem, cui res non restituitur, *sine taxatione* jurare in infinitum, quia judicis officio taxationem jurijurando in litem adjici posse, atque solere scribit idem qui hic est, Ulpianus in *l.* 4. §. *jurare* 2. *de In lit. jur.* quâ de re perplexè disputat Faber, ipsumque §. *jurare*, contendit à Triboniano esse interpolatum. Glossa distinguit inter taxationem legis & judicis, priorem in *l.* 68 posteriorem in *d. l.* 4. §. 2. esse intelligendam, quam distinctionem refellit Faber, neque de illâ quicquam Bachovius. Mihi ut verum fatear, hæc verba, *sine ulla taxatione damnandum* in *l.* 68. ἰμφυλχώτιεν videntur, quam ut taxationem à judice faciendam, de quâ in *l.* 4. §. 2. admittant. Neque tamen placet, quod Faber vult, in hac *l.* 68. Constitutionem Imperatoris esse, quæ in casu rei vindicationis, si reus dolo possidere desierit, nullam judicis taxationem admittat. Eritne igitur hæc Ulpiani sententia, Petitorem rei, quæ dolo possidentis restitui non potest, semper in infinitum, sine ulla taxatione, in litem jurare posse? Non credo, quia tum causa nulla est, quare taxatio in universum à jurejurando in litem removeri non debeat; quia locum id habet unicè, in restitutoriis actionibus, & cum dolus non restituentis in-

tervenit. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *in pr. d. tit. de in lit. jur.* Quid ergo? Accursius taxationem à lege faciendam in hac *l.* 68. sed in *l.* 4. §. 2. à judice adhibendam intelligit; idque communiter acceptum est; Sed hic locus in *l.* 68. totus ad Judicis officium spectat, ut difficile sit, hoc admittere. Si quis ita putet, hæc verba *sine ulla taxatione*, fuisse in margine, vel inter lineas *d. l.* 68. adjecta, ad explicationem verborum *in infinitum*, ac inde per errorem describentium in textum inrepsisse, me non habebit retragantem. Ita sane *d. l.* 68. cum *d. l.* 4. §. 2. cum & ibi qualitas jurisjurandi in litem *in infinitum*, accipiat temperamentum taxationis, conciliabimus. Si quis aliter hunc scruplum eximere possit, ut Critis abstinere liceat, huic aliquanto libentius adstipulabimur. Videbimus iterum ad *tit. de in lit. jur.*

10. Ultimum versum *d. l.* 68. non dissimulemus, esse nobis suspectum manus emblematicæ, quemadmodum & Faber eum aperte Tribonianum sapere scribit; tam forte verborum quam rerum causâ; non adeo tamen effuse quam Fabro visum. *Est enim falsum*, inquit ille, *in omnibus actionibus arbitrariis, & in Interdictis, manu militari auferendam esse possessionem, quæ sit penes reum restituere nolentem*; *Falsius vero, jurari in litem in omnibus arbitrariis actionibus*; *falsissimum denique, in interdictis restitutoriis, jusjurandum hoc locum habere posse.* Si quid addere locis veterum juri recentiori consentaneum, non semper crimen Triboniani sit, ut in *hujus operis principio* & sæpe comprobavimus, falsa tamen & juri contraria textibus antiquorum apponere, duplicem meretur Censuram, & Erroris in Arte, quam profitetur Tribonianus, & Calumniæ, quod Suos errores in alios transtulerit. Ego duas priores Fabri propositiones concedo; sed adsumptionem illarum nego, in verbis hujus legis suprà scriptæ ultimis inveniri. Non est scriptum ibi, semper in actionibus arbitrariis & Interdictis rem manu militari restituere nolentibus auferendam; Sed aliquando apertam possessoris contumaciam, ex officio, citra jus actionis, ita coërceri quando scilicet, contendit, se non posse restituere, quod aliter liquet. Consequenter non docetur hic in omnibus arbitrariis actionibus semper in litem jurari: Sed ubicunque de restitutione rei agitur, eaque per dolum possidentis non fit, ibi esse locum jurijurando in litem, quod puto esse verum, ex *l.* 1. 2. 4. 5. *& t. t. π. de Jurejur. in lit.* Quod autem negat Faber in restitutoriis interdictis, huic Jurijurando locum esse posse, concedimus equidem de viâ Interdictorum ordinariâ, non de extraordinariâ; quando Prætor id agit, ut res sine morâ & circuitu restituatur, idque reus dolo vel contumaciter eludit, secundum ea quæ *suprà* attulimus. Liceat igitur nobis per Fabri conjecturas, in animum inducere; Tribonianum adeo non fuisse & imperitum & impudentem, ut falsas Juris sententias adscripserit Ulpiano.

11. Magis tamen est, inquam, ut hanc clausulam ab Ulpiano non esse credam; quia quod in priori parte legis scriptum habuimus non est sententia *generalis*, ut ibi scriptum est; sed extra ordinem locum habet quando reus manifesto possidet, neque tamen restituere vult, verum per contumaciam, Judicis arbitrium eludit. Ultima verba nimis effusa sunt, quam ut extraordinario Judicis officio conveniant, Postremò nec id reticendum; Actiones in rem hodie non recipere illam varietatem, ut vel reus directe condemnetur ad restituendum, & si parere nolit,

nolit, res ipsi auferatur; vel primò jussum restituendi per arbitrium interlocutionis ei injungatur, & dein sequatur condemnatio gravior. Simplex obtinet processus, ut, si possessor rem restituere nolit, & petitor dominium suum probaverit, condemnetur ad rem cum fructibus restituendam, eaque sententia executioni mandatur, & si per dolum vel contumaciam non restituatur, in litem, ubi hoc jusjurandum non est omnino ex oletum, juratur. Tantum est.

Furius Anthianus Lib. 1. ad Edict.

In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere. Ita, ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem, per judicem, licet suam esse non adprobaverit. l. 80. d. Rei Vind.

1. Hunc locum censurâ suâ notat Autumnus, pœnam mendacii justam adipiscendæ possessionis causam esse negans; Rationem adducit ex *l.* 1. §. 2. *Uti possidetis*, ubi docet Ulpianus, si controversia sit, uter possideat, partes ad Interdictum remitti, quod hujus rei causâ redditur, ne vis fiat ei, qui possidet. Et qui possidere deprehenditur, huic Prætor vim fieri vetat. *Ergo, si appareat, rem ab adversario possideri, non potest transferri possessio in eum, qui suam esse non probavit*, inquit Autumnus. Verba perdidero, quibus infirmitatem hujus dialecticæ arguere velim, & demonstrare, quod in hac *l. ult.* controversia non sit, uter possideat; cum petitor hic se nullo modo possidere contendat, neque vim possidenti inferat, Sed actionem movet de proprietate rei, quam alius possidet, adversus hunc ut possidentem, qui calumniose negando se possidere, judicium eludit atque pervertit. Cujus malitiæ justissima pœna statuitur, ut possessio in Actorem transferatur, quo Reus deinde juris sui probandi & persequendi, cujus alteri copiam facere noluit, partes suscipiat.

2. Quid est autem hoc, quod Furius Anthianus dicit, non compelli nos actionem in rem pati, quia licet alicui dicere, se non possidere? Quid igitur hoc dicendo peccavit, in tantum, ut præ se ferendo quod licet, amittendo possessionem suam male mulctetur? & quomodo licere potest dici, quod non minus est, quam improbè mentiri? Ad hoc, prius respondeamus; Licere non est aliud quam facultatem habere faciendi, tametsi ratio non probet; Est aliquid quod non oporteat, etsi licet, ait Cicero, *Pro Balbo*, qua de re pluribus actum ad *l.* 16. §. 4. *d. Minor.* Licet igitur dicere, se non possidere, suo periculo scilicet. Ac ita non cogitur aliquis incontinenti actionem in rem suscipere; quia negando se possidere, tollit agendi facultatem: Ad quam, detecto mendacio, compellitur, possessione in adversarium translatâ; quem proinde, si rem perdere nolit, convenire cogitur, justissimâ valdeque ad rem appositâ pœnâ; Quam quod Groenewegius *hic*, in desuetudinem abiisse scribit, ego cum Brunnemanno *in Comment.* ad *hanc L.* de Hollandiâ forte, paucisque regionibus aliis, quæ jure scripto nonnisi arbitrariè utuntur, esse verum, in universum nequaquam puto: Uti nec illud, quod in genere scribit idem Groenewegius, omnes pœnas, quibus alicui

jus suum, ex merito adimitur, esse sublatas; Cujus rei nulla quidem reddi posset ratio, nec auctoritas exstat. Multo minus concedendum, quod idem Brunnemannus adversus D. Cyprianum Regneri in *sua censurâ*, notat, Fisco addicendam esse possessionem ejus, qui improbe se possidere mentitus est. Nihil æquius, melius, quam quod Jure Civili cautum videmus; adeoque nihil *hac* parte Censuræ videtur esse iniquius.

Ulpianus Lib. XVI. ad Edict.

Ait Prætor, Si quis id, quod traditur, ex justâ causâ, non à domino & nondum usucaptum petet, judicium dabo l. 1. in pr. d. Publ. act.

Justinianus Augustus.

Namque si cui, ex justâ causâ res aliqua tradita fuerit, veluti ex causâ emptionis, aut donationis, aut dotis aut legatorum, & necdum ejus rei dominus effectus est: si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem, ad eam persequendam. Quippe ita proditæ sunt Jure Civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sanè durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est à Prætore actio, in quâ dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat, suam esse: quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio Prætore in Edicto proposita est §. 4. Inst. de Action.

1. Primo quidem adsentior Antonio Fabro, in *Ration. hic*, pro *traditur* in *l. 1.* legendum esse *traditum*; vel τὸ *traditur*, quod hic habetur & forte sufficiat, accipiendum esse pro *traditum est*, ut monet Accursius. Sequitur censura D. Wissembachii ad *h. tit. in pr.* Actione Publicianâ agit, qui rem, quam bonâ fide à non domino, ex causa habili nactus erat, amisit, *inquit*, priusquam eam usucepisset, hoc colore, fictione, prætextu utens, ut dicat, se rem usucepisse, quam tamen non usucepit. §. *sed istæ* 3. & §. *namque si cui* 4. *Inst. de Action.* Juvatur igitur actor potius, *si mentiatur, quam si verum dicat. Quid enim hæc fictio est aliud, quam mendacium, si non pernitiosum, certe officiosum?* Quicquid autem pugnat cum veritate est vitium. Sic vero nobis persuadet Tribonianus, isto figmento utendum ratus, cum tamen in hoc nostro Digestorum titulo, ubi ex professo de hac actione agitur, ne minima quidem istius fictionis fiat mentio. Alia est hujus actionis instituendæ causa & ratio; Actor nempe, qui rem bona fide, ex justâ dominii acquirendi causâ adeptus est, rem potius habebit, quam possessor, qui nihil juris habet in re *l. 13. pr. l. 3. l. ult. D. h. t.* Hactenus Wissembachius, ex sententiâ & auctoritate præceptoris sui D. Antonii Matthæi.

2. Censura duplex, ut apparet. Una, quod Jus civile se præbet auctorem fictionis & mendacii, jubens eum, qui vult uti Publiciana, dicere, se usu cepisse, quod revera non usucepit. Ad quam responsio pariter est duplex. Una eorum, qui verba Justiniani sic intelligunt; quod Actor dicat, se rem, de qua

agitur,

agitur, bonâ fide, v. c. emisse à Lucio Titio, & ab eo traditam bonâ fide accepisse, quam petere se, ut sibi restuatur, *ac si usucepisset*; Non ita, quod actor expresse dicat, se usucepisse, quod sit falsum & institutioni hujus actionis contrarium. Ita post alios Vinnius ad *d.* §. 4. *Inst. de Action*. Sed verendum, ne verba *d.* §. 4. & praecedentis id non patiantur. Verba §. 4. supra scripta sunt; In §. 3. sic ait Imperator, *Plerumque ita Prator permittit in rem agere, ut vel Actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit; vel ex diverso possessor dicat, Adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit*. Magis est, ut Justinianus ita in animum induxerit: Eum qui à non domino rem nactus amisit, eamque vult repetere à tertio possessore, non habere vel actionem in Rem, vel in personam. Non in rem, quia non est dominus, aut ullum jus habet in Re constitutum. Non in personam, quia possessor ei nullo modo est obligatus; ut sic utriusque actionis termini habiles deficiant: quos ideo Caesar ministerio Fictionis subministrare voluit, ut Juris rationi dicis gratiâ satisfaceret; Fingi jussit usucapionem, ut dominii & consequenter actionis in rem fundamentum. Cujusmodi fictiones in formulis actionum publice exstantes, consciis adversariis propositas, mendacii probro non magis adficiendas esse, quàm casus, quos omni die fingimus inter Titium & Sempronium, mendacia sunt, ex vero aestimanti statuendum videtur; qua de re jam diximus ad *L. 2. d. Inoff. testam. supra*. Altera Censurae pars est, quod haec fictio non sit necessaria veteribusque Jurisconsultis ignorata fuerit, ut res & totus hic titulus indicat; sufficiente ad fundamentum hujus actionis Æquitate, quâ potius ille, qui rem antea nactus est titulo justo, eam possidere debet, quam novus possessor, sine ullâ causâ rei incumbens. Quod ut verum sit, ita Fictionem Justinianaeam improbitatis notâ absolvendam, nec nihil ad illustrandum hujus actionis institutionem facere, omnino dicendum videtur. Et quid ni Justinianus, Νομοθέτης κορυφαῖος Conditor Juris authenticus formulam actionis suppeditare possit, veteribus quidem ita non usitatam, sed ab actionis natura tamen haud alienam, imò illustrantem illam & magis in evidenti collocantem?

Pomponius Lib. 3. ad Sabin.

Si servus meus cum in fugâ sit, rem à non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eam nactus non sim l. 15. d. Public. in rem act.

1. Publiciana datur ei, qui possessionem rei bona fide justoque titulo nactus amisit, Proinde non datur ex possessione, sed tamen non aliter quam praevia possessione, si quis amiserit possessionem §. 4. *I. de Action. l. 2. & hoc T. T.* Non cohaerent igitur, Publicianam competere de re, quam servus fugitivus emit, & rem ab illo non fuisse possessam, ut Pomponius *hic loci* connectit. Rursus, servum, qui in fuga est à domino possideri, eundemque domino possessionem acquirere, duntaxat, quamdiu ab alio non possidetur, proditum est, in *l. 1. §. per servum 14. l. 15. l. 50. §. 1. d. Acquir. poss. l. 25. in fin. d. lib. caus.* Pertinet igitur hic tex-

textus ad locum communem *male cohærentium Juris Capitum*, de quibus aliquoties D. Ant. Matthæum audivimus. Non extricat Accursius in glossâ hunc nodum, eo, quod dicit servum, in specie hujus *l.* 15. ab alio fuisse possessum; neque Zasius, servum non habuisse animum acquirendi possessionem domino, & si qui alii id agant, ut explicent, quomodo fugitivus hic domino possessionem non acquisiverit; qualis & Duarenus ad *d. l.* 1. §. 14. *d. Acquir. poss.* qui Servum fugitivum ita demum acquirere possessionem domino vult, si animum revertendi habeat, quem proinde non habuerit in specie hujus *l.* 15. Item alii Accursio memorati in *d. l.* 15. rem servo hic non fuisse traditam, quod quidem est contra dictum Legis. Nam hæc omnia relinquunt scopas dissolutas, Publicianam dari sine prævia possessione; dari, inquam, ei, qui nunquam possedit, contra id quod diximus, Juris Principium & contra evidentem rationem, quæ non patitur, ut is, qui nec possidit, nec ullum jus in Re vel ad Rem habet, possidenti rem præferatur, eamque ab ipso per hanc actionem auferri. Quare non immeritò Zasius in *d. l.* 1. §. 14. Sibi non occurisse contrarium difficilius fatetur. Jason *ibidem*, secat nodum gladio; Dicit esse exceptionem in hac *l.* 15. Publicianæ, quæ detur ei, qui non habuit possessionem.

2. Propius ad justam solutionem accedit Responsio, quam suggerit Accursius, etsi non probat, Acquiri domino civilem possessionem, non naturalem; quam ut suam præfert Bachovius ad *Tr. T. de Acquir. poss. th.* 3. *lit. b.* ut Pomponius in *l.* 15. intellexerit corporalem possidendi modum, quem certe dominus in re à servo fugitivo empta eique traditâ non habuit: Adde, nec ullo modo habere potuit, ne quidem per servum agentem in provincia, qui cum fugitivo comparatur in *d. l.* 1. §. 14. Nec omnino ejusmodi naturalis detentio vel possidendi modus in quolibet absente servo intelligi potest. Unde minus apta videtur hæc distinctio ad conciliationem. Quid ergo? Dicamus ita: Rem à servo emptam fugitivo, eique traditam reverâ non possideri à Domino, quia nec ipse fugitivus ab eo possidetur, non magis quam res furto ablata domino, amplius ab eodem possidetur *l.* 15. *d. tit. d. Acquir. poss.* Sed benigne ac utiliter receptum est, fugitivi possessionem retineri *d. l.* 1. §. 14. & res illi traditas, per consequentiam in *d. l.* 15. *in f.* expositam; contra directam juris rationem. Scimus autem, actiones quæ *utiliter* dantur, easdem *directè* & simpliciter negari. Ita Pomponius, Thesin præcipuam de Publiciana ponit absolute, cum ad eam sufficiat, rem utiliter habitam esse pro possessâ; Quæ cùm non sit vera possessio, Subjicit Paradoxum, dari Publicianam, *etsi possessionem nactus non sim*, propriè. Nec opus ibi fuit, ubi de possessione acquirenda non est locus agendi, explicare totum illud genus impropriæ, utiliter receptæ possessionis. Vel Tribonianus hanc expositionem à Pomponio, si forte, adjectam præcidit, ut minus necessariam & è loco suo petendam.

3. Sed est instantia in Contrarium; quod possessio per servum nonnisi volentem, domino acquiri possit *l.* 1. §. 10. *d. Acquir. poss.* Si nolit servus, acquisitio per illum non procedit, deficiente medio instrumentali. Nec ideo civilis quidem possessio, cessante animo servi, per interpretationem, utilitatis causâ, constitui potest; quia non est ratio, neque mos JCtorum, contra na-

tra na-

tra naturam causæ intendere suas interpretationes; non magis, quam ut Prætor aut Pomponius Publicianam dare potuerit ei, qui nunquam adeptus fuit possessionem, adversus eum qui jam possidet, ut vult dictum hujus *l.* 15. Ut autem servus fugitivus domino suo velit acquirere, nemo dicet habere facultatem. Nisi animum revertendi habeat, quod est nimis ἀπεριόδευτον, quam ut de fugitivo simpliciter ita commemorato statui possit. Responsio vix est ut alia dari queat, quam, Per servum acquiri domino, non modo, si animum ita specialiter inducat, ut domino velit acquirere; sed etiam, quoties & quamdiu non id agit, ut alii nominatim acquirat, quod in *d. l.* 1. §. 19. verbis ultimis significari videtur; ut nolit tibi, sed potius Titio acquirere. Postquam igitur placuit servum fugitivum perinde haberi, ac si adhuc possideatur, facile transitus eo factus est, ut quod emit, ejus quoque possessio domino acquiratur; eo quod fugitivus vix aliter, quam cum animo sibi habendi res acquirere possit, non Titio vel Sempronio. Quod autem sibi emit aut stipulatur, servus utcunque fugitivus, cum ipse nullius acquisitionis sit capax, ad dominum, licet hujus nomine usus non sit, ultrò pertinet §. 1. *Inst. de Stipulat. serv.* Per hæc evitare videmur, ne Pomponius à cæteris Auctoribus hac in parte, quod Anton. Faber supponit ad *h. l. in f.* discrepasse videatur.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM VII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabinum.



Avis usufructu legato, navigatum mittendam puto, licet naufragii periculum immineat: Navis etenim ad hoc paratur, ut naviget l. 12. §. 1. d. Usufruct.

1. Hujus legis ut iniquæ sententiam damnat, & abrogandam censet Autumnus; à quo dissentit, quod raro facit, Groenewegius, *utique in hisce regionibus, quæ re navali & transmarinis commerciis florent*, inquit. Rationes Autumni tamen speciosæ sunt. I Justinianus hyemales navigationes, ut periculosas prohibet, sub pœna 50. argenti librarum, L. ut citat, *Qui ordinariam*; sed est *Lex, Civitas Rhodiorum. 6. C. de Off. Rect. Provinc.* II. Usufructuarius tenetur ad omne id, quod diligens paterfamilias in sua re facit *l. 65. in pr. h. t.* at vir bonus & prudens paterfamilias pericula vitat. III. Culpæ reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, isque periit, & qui navem a se petitam, adverso tempore, navigatum misit, si naufragio perempta sit *l. 36. §. 1. d. Rei Vind.*

2. Ad has rationes una responsio est, dari gradus periculorum, & gradus variare speciem Juris. Navigationem semper esse periculosam, non negabunt ei similes, quem pœnituerat, semel navigantem, tribus à morte digitis abfuisse. A ventis, à prædonibus, si quis evitare velit omne periculum, eum subductâ nave, domi residere oportet: Reipubl. vero interest, navigationes ob incerta periculorum non intermitti. Ita res pendet à consuetudine temporum & regionum.

Si quis

Si quis navem emittat, cum publice prohibitum est, ut apud veteres hyemali tempore, Januario imprimis

Quo cave te ponto studeas committere mense,

hunc teneri certum est; quod tamen hodie, ne quidem in Oceano servari videmus, immensa rei navalis à vetere discrepantiâ. Sane, si quis, cum nemo prudentior nauta vel mercator emittit naves, usufructuariam audacius periclitetur, hunc boni patrisfamilias aut fructuarii officium implere, nemo dixerit: Quemadmodum anxie devitare pericula, quæ plerique non reformidant, ab eodem exigi non posse, manifestum est. Nec aliter Mornacius, Faber aliique Interpretes. Non opus est amplius huic censuræ immorari.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabin.

Julianus lib. XV. Digestorum tractat; Si fur decerpserit, vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi, an fructuario? Et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terrâ separentur, magis proprietario condictionem competere; fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit ejus, fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant ejus. Nam si fiunt, quâ ratione hoc evenit, nisi eâ, ut interim fierent proprietarii? Mox apprehensi fructuarii efficientur. Exemplo rei sub conditione legatæ, quæ interim heredis est. Existente autem conditione, ad Legatarium transit: Verum est enim, condictionem competere proprietario. l. 12. §. 5. d. Usufr.

1. De casu, quo fur alieni fructus agri, cujus usufructus ad Titium pertinebat, secuit, utri condictio furtiva daretur, domino, an fructuario, quæsitum est. Julianus sensit Domino, Marcellus fructuario, cui Julianus tamen furti actionem dabat; quoniam hæc ei cujus interest, Condictio nonnisi domino datur *l. 1. d. Cond. furt.* Fructuarius autem non fuit dominus fructuum à fure desectorum, quia nonnisi perceptione per se vel per alium suo nomine factâ fructus acquirit. §. *is vero 36. I. de A. R. D.* eaque Juliani sententia hic probatur. Sed Autumnus eam improbat, & cum Marcello facit, minus adeo ipsius ratione, ab Ulpiano hic refutatâ, quam novis argumentis, quæ refellere nobis haud erit difficile, credo.

2. Primum est, ex *l. Cujuscunque 60. h. t.* Fructuarius de fundo serviente dejectus, de restitutione omnium rerum simul occupatarum agit: *Ergo proprietarius non habet condictionem, colligit Autumnus.* Sed à diversis & disparatis malè infertur. Ibi non agitur de condictione, jure dominii adversus furem, de frúctibus desectis & ablatis, sed de universâ possessione usufructus per vim erepta, quæ parit actionem ad restitutionem omnis damni illati, in universum; ut est natura actionis in factum, quæ juxta interdictum unde Vi, quod etiam fructuario competit, datur *l. 1. §. 40. & l. 3. §. pen. D. Unde Vi.* Alterum argumentum petit Autumnus ex *l Si absente 48. §. 1. h. tit.* Silvam cæduam, etiamsi intempestive cæsa sit, in fructu esse, constat; sicut olea immaturè lecta, item fœnum immaturè cæsum in fructu est, ait Paulus: *Multo magis fructus maturi desecti in fructu erunt:* ita

 conclu-

concludit Autumnus. Quasi momentum rei in maturitate vel immaturitate fructuum consisteret; quo nihil minus. In hac *l.* 12. §. 5. Fructus *maturi* ponuntur, quia de his aliquanto plus dubii esse poterat. Negant autem idcirco Julianus & Ulpianus, Fructuario dari condictionem, quia non factus est dominus fructuum, à se vel nomine suo, quod dicere occupavimus, non perceptorum, quæ ratio vera & solida est. Plane sic est, ut ardua majoraque viribus audeat ille Autumnus, se ferens adversum veteribus, eorumque facile principibus, Juliano atque Ulpiano. Moribus equidem hodiernis, Fructuario non negatum iri condictionem, vel actionem in factum, in id quod interest putem, vel adeo, quod, ad fructuarium de jure pertinent, etsi nondum sit dominus, ex æquitate, quæ forte Marcellum magis movit ratio, quam spes acquirendi dominii, è qua petitam rationem Ulpianus refellit, vel quod actio Furti pœnalis hodie cesset; ideoque si condictio tum negetur ei cujus interest, nullam fructuarius actionem habiturus sit, quod iniquum foret.

Ulpianus in Lib. XVIII. ad Sabinum.

Et, si vestimentorum Ususfructus legatus sit, non sic, ut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia Vir bonus ita non uteretur l. 15. §. 4. *d. Usufr.*

Justinianus Augustus.

Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo & ædibus, verum etiam in servis & jumentis, & cæteris rebus: exceptis iis, quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali Jure neque civili recipiunt usumfructum, quo in numero sunt vinum, oleum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata: Namque ipso usu, assidua permutatione quodammodo extinguitur. §. *Constituitur* 2. *I. de Usufr.*

1. Inter verum & quasi usumfructum hoc interest; Qui habet verum usumfructum, potest finito usufructu, res, quales sunt, reddere; cum in altera specie tantundem vel æstimationem restituat. Etiamne in vestibus & in jumentis? Ita adfirmat Imperator in §. 2. *h.* Atqui nihil usu & experimento, in quod omnis definit Juris-prudentia, absurdius. Qui habet usumfr. pecudum vel ferarum, non poterit rem occidere, mutare, vendere; in eadem specie reddere debebit, equos, boves, vaccas ad extremam retinere senectam, sic eos reddere finito usufructu, vel de mortuis nihil. Res undique inepta, tam domini, quam fructuarii respectu. Nemo dubitat hodie, quin faciendum sit, quod de feris vivario inclusis ait Tryphoninus, sufficere, ut idem numerus per singula genera, finito usufructu, domino proprietatis adsignetur, qui fuit cœpti ususfructus tempore *l.* 62. §. 1. *d. Usufr.* vel quod hodie fit crebrius, ut pecudes feræque æstimentur, & æstimatio, finito usufructu reddatur. At sic invito Justiniano, pecudum quasi ususfructus erit, aut ad instar ejus redigetur: Quid vero si fructuarius nihil aliud ca-

vere

vere velit, quam se quod superererit esse restiturum? Non potest cogi ad æstimationem recipiendam. Et sic res ad priorem absurditatem redibit. Sed non est dubium, quin ex usu temporum videamus, communi consensu rem ad æstimationem vel cautionem restituendi tantundem redigi. Quâ in re tamen usufructuarius habet rationem transigendi potius cum proprietario, quam justam æstimationem vel æquale tantundem repromittendi, quia sic conditionem proprietarii multo reddit meliorem, ut in *Prælect. ad Tit. de Usufr. ear. rer. quæ usu consum.* demonstravimus. Sed an inde non liquet, esse vitiosam dispositionem Juris Romani, quæ sic usu corrigenda sit? Magis est ut rerum naturæ potius quam Jurisprudentiæ id imputandum sit. Nec enim poterat, in rebus quæ adsiduo usu non consumuntur aliud quam verum agnoscere usumfructum. Nec ulla vis humanæ sapientiæ præceptis generalibus adsequi potest, ut ne multi institutionis universæ defectus hominum consilio & usu magistro in rebus agendis supersint, emendandi. Vestibus quid fiet? Si verus earum usufructus est, uti illis potest ad extremum usque, tritas lacerasque, si finitus sit ususfructus, reddere potest; si durent adhuc, deponat eas Fructuarius, tineis committat, pannos vermibus onustos reddat, si velit; id de vestibus laneis, lineis, de omnibus, quæ induendi, amiciendi, præcingendi, injiciendi, insternendi incubandive causa habentur, statui potest; tam latè enim patet usus vestium *l.* 23. §. 1. *d. Aur. arg. Leg.* Quod si vestium quasi ususfructus intelligitur, Usufructuarius ad æstimationem restituendam tenetur, & emolumentum in usu gratuito pecuniæ, quâ sunt æstimatæ vestes, consistit §. 2. *I. de Usufr.* Quod esse multo civilius & æquius, ipsa res & usus hominum docet, nec aliter omni die servat disciplina Fori, optimus æquitatis & utilitatis magister. Et tamen hæc creditur esse Juris Romani sententia, verum esse vestimentorum usumfructum, ex hac *l.* 15. §. 4. *junct. l.* 9. §. 3. *Usufructuar. quemad. cav.* idque pluribus firmatum est à nobis ad *tit. Inst. de Usufr. n.* 7. *sub. fin. ad tit. π. de Usufr. ear. rer.* Proinde, sic instituere potest Usufructuarius; uti vestibus, tritas detritas reddere, nihil ut supersit utendum proprietario. Quod usu judicioque hominum Communi, tam absurdum videtur, inquam, ut ne quidem in Frisia, ubi jus civile rigide servamus, nec aliud hac parte quicquam habemus statutum, ullus tamen usufructuarius id unquam sibi sumat; imo si quis ita juris esse prædicet, homines, etiam juris periti, stultitiam talis jurisprudentiæ inriderent. Sit ita de vasis & suppellectilibus in longum durantibus, de vestimentis ineptissimum videtur. Et tamen ita Juris esse, non patiuntur, inquam, dubitari textus citati. Nisi forte dicendum sit, Justinianum aliter statuisse, quemadmodum certe aliter statuit, in *textu supra scripto*, vestimentorum esse quasi usumfructum, idemque juris esse docet in illis, quod est in quantitatibus; contra quam Ulpianus auctor est in *d. l.* 15. §. 4. Non licet equidem, per Interpretes, adfirmare, Justinianum vetusti juris rationem hac parte mutare voluisse. Sed alias quærunt conciliationes. Ego tamen Pragmaticis id facile persuasum iri existimo. Nec adeo dubitem, quin si Theoria Juris sit pro vero usufructu, vix tamen futurum sit, ut res ususque talem effectum à judicio hominum Communi impetret; Nec admodum de jumentis pecudibusque diversa ratio esse videtur, ut ex *l.* 62. §. 1. *h. t.* colligi potest, ac à nobis latius demonstratum est, in *Prælect.*

 ad Tit.

ad Tit. ff. de Usufr. earum rer. quæ usu consum. Adeo ut à derogatione juris antiqui; quam Justinianus fecerit, cur abhorrere oporteat, magnopere non habeam quod proferam.

2. Sed & lectio hujus loci *d. l.* 15. §. 4. sollicitatur à virisdoctis, momenti emendatione non ponderosi. Concise dixit Ulpianus, *Non sicut quantitatis usufructus legatur*, eo sensu, quem expressit Haloander in Editione sua, *non quemadmodum si quantitatis usufructus legetur*. Concisum illud genus Ulpiano, Paulo & reliquis nostris minime est inusitatum, nec putem aliter ab Ulpiano scriptum esse, quam situm est Florentiæ. Alius Vir Cl. modestiori in textum ausu pro *usufructus legetur*, vult legi, *usufructu legato*. Scripserat, ait, Ulpianus non sicut quantitatis *uf. lg. dicendum*. His literis, pergit Vir Cl. utrumque sermonem & *usufructu legato*, & *usufructus legatur* indicari, ex Valerio Probo & Magnone constat: Nota enim hac UT *usumfructum*, LG. *legatum* aut *legavit*, denotari scribunt. Ita cum ambigua esset siglorum ratio, quid novi, librarium errasse, & alterum pro altero subjecisse? Hactenus Vir Cl. acute sine dubio: Bene etiam, si liber è quo Florentinum exemplar est descriptum extaret, ut in eo notas illas constaret esse adhibitas. Notarii sane, cum celeriter aliquid exciperent, ejusmodi notis utebantur. Justinianus illas in libris Juris usurpari diserte vetuit. Si quando posteri minus id observaverint, non est tamen præsumendum, in libro πεγυγμένως scripto ac edito, qualis est Florentinus, ita fuisse deproperatum. Et sanè, ubi non est major necessitas, quam in hoc versiculo apparet nihil est causæ cur tam exquisitis abstinere conjecturis, satius non sit.

Ulpianus Lib. xviii. ad Sabinum.

Proprietatis dominus, ne quidem consentiente fructuario, Servitutem imponere potest l. 15. in fin. d. Usufr.

Paulus Lib. 3. ad Sabin.

Nisi, quâ deterior fructuarii conditio non fiat: Veluti, si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere l. 16. eod.

Ulpianus Lib. xviii. ad Sabinum.

Locum autem religiosum facere potest, consentiente fructuario. l. 17. eod. tit.

1. Nihil absurdius esse potest argumento hujus legis 15. §. *ult.* ut quidem videtur; nec mirum, quod, ut Mornacius scribit, Glossa fluctuat huc illuc, nec audet pedem figere. Bartolus omnino prætermisit. Baldus paucula quædam; sed Bartoli silentium longe melius & tutius est, *ait*. Verum pergit ille; Petrus Dalessæus putavit, adeo absurdum esse, quod in hoc textu legitur, ut diceret se reposuisse

in

in suo volumine, *Siquidem*, pro, *nequidem*. Hæc Mornacius. Arius Pinellus *part. 2. l. 1. C. de bon. mat. n. 24. Non potui semper*, ait, *non mirari decisionem L. sed siquid 15. §. ult. d. Usufr. laudoque Curtium juniorem, qui plane id mirabile & difficile putat, nec se rationem assequi fatetur*. Nemo adhuc causam reddere potuit juridicam; Cur, quod proprietarius & fructuarius singuli, ratione manifestâ, facere non possunt, id pariter, cum nihil ad plenam dominii vim illis deficiat, effectum dare nequeant ut nempe communi consensu Servitutem imponant rei, in quam pariter habent jus plenum perfectumque dominii. Quid hic referam conjecturas, & emendationes, de quibus aliquid dixi in *Prælect. ad tit. de Servit. n. 8.* & occurrunt passim apud Interpretes? Omnes duræ videntur, nec ad literam descendentes, ut Dalessei *si quidem* pro *ne quidem* legentis, & Busii; *non* interponentis. Sunt qui emendatione desperata rem explicant, bifariam. Prima ratio hæc est; Proprietarium ideo, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponere posse; quia Servitus nonnisi ab eo, qui ipsum prædium, id est, plenum habet dominium, imponi possit *l. 1. §. 1. Comm. Præd.* Nec quicquam refert, ait Charondas, *ad d. l. 15. in f.* quod Fructuarius consentit, quia consensus ejus non præstat plenum dominium; sed ex ejusmodi constitutione solummodo personalis actio nascetur, quæ adversus tertium non datur. Sed hoc illud ipsum est, quod absurdi arguitur; Cum proprietarius sit verè dominus, salvo ususfructus jure Fructuario, quid vetat eum exercere jus dominii, sine ususfructus præjudicio vel consensu fructuarii? Quin hoc eum posse, docet exceptio *l. 16.* proprietarium posse fundo imponere servitutem, modo fructuarii conditio per eam non fiat deterior. An igitur & tum, quando, inquam, fructuarii conditio non fit deterior, ejusdem consensus requiritur? Ita videtur è textu; cujus ita non cohæret sensus, etsi Fabro in *Rational. ad h. l.* placet illa expositio, & negat, usufructuarium in servitutem cum proprietario consentire posse, nisi usumfructum amittere velit. Quæ ratio minus rationalis est quam ipsa positio *hujus loci*, receptæ lectionis. Fructuarium retinere non posse verum amittere usumfructum, ideo, quod una cum proprietario, jus eundi agendi per fundum, vicino concessit; Qui non minus uteretur frueretur fundo si talis servitus pridem fundo imposita fuisset; quid ni jam pergere possit, uti frui fundo, cui talis recens imposita sit servitus à proprietario, cum ipsius consensu?

2. Ergo aliter instituit Connanus *Lib. 4. Comm. C. 3. n. 13.* Sane, *inquit*, nihil dici potest, quare de consensu proprietarii & fructuarii non imponatur fundo quæcunque servitus; sed duarum vocum ignoratione hactenus hujus responsi veritas latuit: quibus notatis, nihil erit clarius, quam proprietarium, etiam invito fructuario, Servitutem posse imponere, dum sit ejusmodi servitus, quæ usui ejus fructuique non noceat, hoc modo; *Proprietatis dominus, nec quidem consentiente fructuario*, id est, etsi non consentiat fructuarius, *servitutem imponere potest*; *Nisi*, id est, duntaxat, *per quam deterior fructuarii conditio non fiat*. Hactenus Connanus. Sed hæc explicatio utcunque à nobis alibi laudata, non paucis urgetur incommodis. Primo, non omnino illibatem relinquit lectionem, dum pro *ne quidem*, ut est Florentiæ, legit, *nec quidem*. Vocula *ne quidem* aliquanto fortius ampliare videtur negativam ejusdem coli, quam τo *nec quidem*. Etsi τo *nec* utique

utique etiam faciat conjunctionem, non quidem semper, ubi solum est, ut probat Connanus ex L. XII. tabularum; *Senatori qui nec aderit, aut causa, aut culpa esto*, id est, qui *non aderit*; hoc enim & aliàs obvium est: Sed quid hoc ei prodest, si legat vel exaudiat ita; *Proprietatis dominus non quidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest*; *Nisi &c?* Idem sensus inde resultat. Vis responsi ipsius consistere debet in separatione propositionis conjunctæ, in duas seorsum; hoc modo; *Proprietatis dominus servitutem imponere potest*, perge; *nequidem consentiente fructuario.* Hæc separatio non potest obtineri per *non:* Si Verba *nec quidem*, quæ referre se possunt ad τὸ κύριον antecedens, accipias ita; *non quidem consentiente fructuario*, novus inciperet sensus, qui non haberet sensum. Mallem igitur adstruere separationem positionum, per id quod legitur; *ne quidem*; Proprietatis dominus servitutem imponere potest, fructuario innoxiam; *Ne quidem*, eo consentiente, quæ nostra fuit ratio in *Prælect. ad d. tit.* 8. *d. Servitut. n.* 8.

3. Nec tamen negari potest, hanc quoque rationem suis arctari incommodis. Primo enim, exemplo deficior adhuc, quo probem voculas, *ne quidem*, junctas verbo, non imprimere negationem adverbialem, sive ampliationem negativam illi propositioni. Dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest. Naturalis interpretatio sponte patens, est hæc; Dominus, etsi consentiat fructuarius, servitutem imponere non potest, ut enuntiatio negativa sit; Cum prior explicatio, positionem inferat adfirmantem. Talem verò non patitur, lex sequens; *nisi quâ deterior fructuarii conditio non fiat.* Est exceptio à regula priori negante; ab adfirmante exceptio esse non potest. Quid enim (pone sic;) Proprietarius servitutem imponere potest: An excipies, *nisi quâ deterior fructuarii conditio non fiat?* Talem maxime deberet imponere posse. Sed regulam sume negantem; *Dominus servitutem imponere non potest.* Jam Excipe; Nisi quâ deterior fructuarii conditio non fiat: rectè, nihil obstat: Nisi quod adjicitur; *Ne quidem consentiente fructuario*, servitutem fructuario gravem à Domino proprietatis imponi posse; quod non habet rationem. Denique, negantem esse positionem in *fin. l.* 15. arguit etiam *lex* XVII. *in pr.* ubi, *Locum autem religiosum facere potest*; quæ uno contextu cum prioribus jungitur. Exhibebimus junctam; *Proprietatis dominus, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest*; *nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat: Locum autem religiosum facere potest.* Vox *autem*, est *adversativa*, positionem arguens oppositam priori; Cum igitur hæc posterior sit adfirmans, priorem oportet esse negativam, quo parum abest, quin Connani interpretatio, à quâ non multum abludebat olim nostra, subvertatur. Nisi Connanus probare possit, τὸ *nisi* habere significationem τοῦ *duntaxat*, quod ait ex Cicerone bene disci posse: Sed exemplum vellem huic simile posuisset; nam ut hoc loco, *nisi* per *duntaxat*, explicetur, quis vim fieri non videt orationi?

4. Quid ergo tandem? Non licet nobis, quod eligit Mornacius; Prætermiserim, *inquit*, hujus L. sententiam, ut alienum quid ab æquitate judicantium, neminemque observavi inter peritissimos Fori Proceres, cui tanta subtilitas non à tribunalibus aliena videretur: Ea nempe, quâ Charondas & Russardus aliique, secun-

secundum verba legis, volunt, Dominum proprietatis, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponere posse. *Aliter enim judicandum foret*, inquit, *si unquam eâ de re acciperetur judicium.* Ita verò non consulimus Eunomiæ. Quid igitur? Emendationis anchoram mihi vix integrum est ejicere, absque præfatione: Postquam ita de me quidam opinari cœperunt; Esse me criseos inimicum juridicæ; in quo mihi faciunt injuriam. Nunquam enim à desperatis abstinendam esse medicinam rationalem, sed chirurgicam & manualem adhibendam, ubi nulla spes alia sanationis esset, negavi. Ita se rem hic habere persuasum habeo: Proinde Legam ita, cum pace lectoris, quemadmodum sanus Eunomiæ sensus necessario flagitat: In *l.* 15. *in fin. Proprietatis dominus, NONNISI consentiente fructuario, servitutem imponere potest. Nisi quâ deterior fructuarii conditio non fiat, Veluti &c. Locum autem religiosum facere potest, consentiente fructuario.* Pro *ne quidem* illo importuno, si admittas, *nonnisi in l.* 15. omnia plana sunt. Verisimile est, illas voculas *notis* sive literis initialibus, unde facilis error, fuisse designatas. Quod alii toties absque necessitate supponunt, si nobis id non licet, Eunomiæ causâ, detur aut emendatio melior, aut explicatio commodior, & repudium huic Crisi mittemus, æquo, etiam magis gratanti animo. Alioquin ἀπήλπικα.

Pomponius Lib. v. ad Sabinum.

Proculus putat, insulam posse ita legari, ut ei servitus imponatur, quæ alteri insulæ hereditariæ debeatur, hoc modo: Si heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum usumfructum do lego. Ædium illarum, quoad altius, quam uti nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi usumfructum do lego l. 19. *in pr. d. Usufruct.*

1. Ex hac lege communiter ita colligunt Interpretes, sequuti Accursium & Doctores; Si testator usumfructum domus leget, cum onere servitutis, ne usufructuarius eam altius tollat, hac adjectione fieri, ut usufructuarius habeat ipsam proprietatem. Quod si Pomponius & Proculus auctores sunt, alii merito, ut Eunomiæ adversum ac inimicum insectantur. Cum enim ususfructus & proprietas toto genere distent, illa metamorphosis inopina ac enormis & inimica rationi videtur. Fit equidem aliquando, ut sub ususfructus nomine lateat proprietas; veluti, cum usufructuario potestas alienandi & diminuendi substantiam rerum conceditur: Quia tunc ipsa Ususfructus definitio tollitur, quæ nonnisi salvâ rerum substantiâ intelligi potest *pr. I. de Usufr.* At nihil ejusmodi fit, eo, quod servitus domui fructuariæ imponitur. Nec eâ re definitio ususfructus evertitur, aut salva definit esse fundi substantia. Volunt tamen, id ab auctoribus hujusce legis adstrui, & hanc esse Juris sententiam. Quod si ita est, difficulter eam rectæ rationi vindicabimus, ut recte probat Arius Pinellus *Part.* 3. *l* 1. *de bon. mat. n.* 41. *&* 42. Mantic. 9. *Conject. ult. vol. tit.* 5. *n.* 9. *& sequ. & Facbin.* 5. *Controv. c.* 43. Contra DD. communiter, quos recenset & sequitur Joh. del Castill. *tr. de Usufr. cap.* 30. *n.* 25. *& seqq.* Bacchov. *vol.* 1. *ad Tr. sb.* 16. *disp.* 16. *lit. E.* Nos ita constituimus in *Prælect. ad h. tit. n.* 8. Non esse conceden-

dendam hanc thesin; Quoties usus fructus ædium relinquitur, hac lege, ne altius ædes tollantur, proprietatem esse legatam: Nam verba dispositiva *usumfructum do lego*, non inferunt jus proprietatis, nisi verba Testatoris naturam usufructus peremptorie tollant, aut dominium inferant, quod non fit his verbis; *Usumfructum domus relinquo, ea lege, ne altius tollas*; Etsi enim verum sit, usufructuarium non posse altius tollere, testatores tamen sæpe cautiones addere supervacuas notissimum est; non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio, monet Paulus in *l.* 32. §. 6. *d. Aur. & arg. leg. junct. l.* 47. *d. C. & D. l.* 3. *d. legat.* 1. *&* passim. Permissionem alienandi factam usufructuario tollere usumfructum diximus. Idem non fit, prohibitione alienandi, quod nonnullis visum, præter rationem & usum, ut probavimus in *Prælect. ad h. t. n.* 8. *in pr.* Est commonefactio Testatoris ad usufructuarium, ne modum juris sui excedat, non ut usumfructum evertat & dominium concedat, dum verbo utitur contrarii sensus; quod merito à via disciplinæ, quæ sensum communem sequitur, abhorreat

2. Verum tamen Proculus & Pomponius Insulam, id est, domum, quæ vox ipsam rei substantiam & dominium notat, eo modo legatam videri adfirmant. Antonius Faber, *Insulæ* putat legendum, pro *Insulam*; subintellecto, *usumfructum*. Nisi hoc responderi possit; In hac lege, non legari usumfructum ædium, sub lege simplici, vel prohibitione, ne altius tollantur; sed *donec altius non tollantur*; quod minime est unum idemqne. Simile est, in usufructu relicto, sub lege, *ne res alienetur*, Inde non sequitur, proprietatem esse relictam, sed naturam usufructus designasse videtur, exemplo quidem supervacuo Testator, at enixam ejus significante voluntatem, se nolle plus quam utendi fruendi facultatem, nullumque dominii effectum ad legatarium pertinere. Quod si Testator usumfructum fundi leget, *usquedum* extra familiam *non alienabitur*, jus perpetuum fundasse videtur, sub conditione resolutivâ, si alienatus fuerit; duraturum, quamdiu non alienabitur. Hoc apertè præ se fert, è Proculi formulis altera, quæ sic habet; *Ædium illarum, quoad altius, quam uti nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi usumfructum do lego.* Est jus durabile, quamdiu ædes non erunt altius ædificatæ. Nec aliud altera, quæ priore loco sita est in *l.* 19. formula continet, ut jam in *prælect. h. t. n.* 8. demonstravimus; Convenienter ei fere, quod in Connano deinceps invenimus, in *l.* 4. *Comment. c.* 3. *sub. fin.* Et hanc quidem interpretationem prætulerimus ei, quam dant Pinellus, Fachinæus, Wissembachius *ad h. t. n.* 3. qui legatum insulæ sive domus non aliter accipiunt, quam usufructu tenus, etiam in effectu; & impositionem servitutis, facti magis quam juris esse volunt; ut fructuario prohibitum intelligatur, ne quid novi in ædibus, altius tollendo instituat; à quo non procul abit Struvius ad *h. t. n.* XI. eodemque pertinet emendatio Fabri modo commemorata Quam, si nostra consistere nequeant, secus ac persuasi sumus, præferre tamen non dubitemus huic Thesi, quam Eunomiæ ratio non fert, ut *Prohibitio altius tollendi, semper* ex usufructu faciat *Proprietatem*. Neque tamen idcirco lectionem mutabimus; quæ non descendit ad literam; Est enim durior ellipsis illa. Sed *insulam* pro subjectæ ratione materiæ, quæ est Usufructu tenus, intelligemus.

Paulus

Paulus Lib. III. ad Sabin.

Si is, qui binas ædes habebat, aliarum usumfructum legaverit, posse heredem Marcellus scribit, alteras altius tollendo, obscurare luminibus: quoniam habitari potest etiam obscuratis ædibus. Quod usque adeo temperandum est, ut non in totum ædes obscurentur, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeant l. 30. *Usufr.*

1. Hunc locum vocat ad Censuram Autumnus eamque laudat Groenewegius, *ad h.l.* se referens ad illius rationes, parum, si quid ego video, ad censuræ meritum accommodatas. Enimvero an vicinus ædificando, vicini luminibus officere possit, hujus quidem argumenti quæstio est, sed de qua commodius ad *L. Gaurus* 10. *d. Serv. urb.* agetur. Adversus hunc locum Censores nihil adferunt, quam quod proprietatis dominus fructuarium impedire non debeat, utentem ita, ut deteriorem illius conditionem non faciat *l.* 15. §. 6. *h.t.* Sive hoc ita accipias, ne fructuarius conditionem proprietatis faciat deteriorem, sive, ne hic conditionem fructuarii arctiorem reddat. Item quod in *l.* 7. §. 1. *h.t.* scribit Ulpianus, non licere domino ædificium, invito fructuario, altius tollere. Nihil verius, quam à separatis malè inferri: In illorum textuum posteriore nihil habetur, quam proprietarium altius ædificare non posse domum usufructuariam, invito fructuario, quæ nihil ad hunc casum *l.* 30. quo Proprietarius ædes à se ipso habitatas altius tollit. Prior textus habet plus argumenti, quod & instantiæ loco in posteriori servire potest; Obscurando enim luminibus usufructuariæ domus, usum ejus deteriorem facit proprietarius, quod ei non licere, natura negotii & textus in *d.l.* 15. §. 6. indicat. Sed quod proprietario licet adversus domum vicinam prorsus alienam, id quominus ei contra domum suam, cujus usumfructus alius habet, licere debeat, nihil profertur: multo enim magis prohibetur alienæ domus usum facere deteriorem, quam id in suâ domo alii serviente vetitum esse queat. Cui satis præstat, si ipsam domum usufructuarius, ut sane potest, etsi luminibus obscuratis, non tamen omnino κατηχλυωμένῃ, tenebrosis, sed ut aliquid luminis supersit. Atqui posse quem vicinæ domus, si ipsam non attingat, etsi planè alienæ, luminibus officere, videbimus ad *l.* 9. & 10. *infrà d. Servitut.* Quod si defendi potest, nihil difficultatis in censura hujus loci amoliendâ superesse videtur.

Papinian. Lib. XVIII. Quæstion.

Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit. Unde, si fructus vel fundi portio petatur, & absolutione secutâ, postea pars altera, quæ adcrevit, vindicetur; in lite quidem proprietatis, rei judicatæ exceptionem obstare, Fructus verò non obstare, scribit Julianus: Quoniam portio velut alluvio portioni, personæ Ususfructus accresceret. l. 33. §. 1. *d. Usufr.*

1. Hic textus à Censoribus nostris Gallo & Belgâ notatus, quia & aliàs meretur attentionem, visus est non prætermittendus. Ususfructus in multis casibus

pars dominii est, habetur in *l.* 4. *h. t.* hoc est, Ususfructus sæpe non pro jure fruendi rebus alienis, quod formaliter significat; sed pro parte dominii, quod in proprietatem & usumfructum distribuitur, accipi solet, ut hunc sensum *l.* 4. adseruimus in *Prælect. ad h. t. n.* 2. Instat Accursius, & ex eo Wissembachius; Eo sensu non sæpe, non multis casibus, verum semper ususfructus pars dominii est. Imo non semper, ut arguit hæc Papiniani positio; *Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit.* Explicat hoc exemplo differentiæ, quæ est inter jus accrescendi, in dominio & in usufructu: Cujus observatio ad sequentem Rubricam pertinet. Titius partem fundi, ut sibi legatam petit; repulsus est. Deficiente dein Collegatario, alteram fundi partem jure Accrescendi petit. Possessor opponit exceptionem rei judicatæ, quasi petat eandem rem. Titius replicat; hæc pars est nova, quam prius non petii. Possessor; Tu jus accrescendi persequeris, quasi fundus pro parte tuus sit, cui pars deficiens, alluvionis instar accrescat. Atqui partem fundi non esse tuam, ante judicatum est, nec habes partem: Ergo nec hanc partem illi connexam, & à priore pendentem petere potes; Sed hæc manet penes eum, qui verè partem habet, ex natura juris accrescendi, quo is qui non habet partem, non habet jus accrescendi, sed hæc parti adjicitur, ut alluvio §. 8. *I. d. Legat.* Et hoc ita in proprietate juris esse, tradit Papinianus in *h. l.* 33. §. 1.

2. Rursus; partem Ususfructus fundi ut legatam sibi Titius petit. Repellitur; deficiente dein collegatario, partem alteram ususfructus, jure Accrescendi, petit. Alter ait; Oppono exceptionem rei judicatæ, per quam repulsus es à parte, quam proinde non habens, Accrescendi jus habere non potes. Imo possum, *replicat* Titius, quia ususfructus accrescit mihi ut personæ, non parti vel ut partem habenti. In quo subsistit Papinianus: idem vero adfirmat Paulus in *l.* 14. §. 1. *d. Except. rei jud.* Pendet, ait Titius, hoc jus accrescendi à jure meo personali, ad partem ususfructus; non pendet ab ipsa parte, quam non habere me fateor, à judice repulsus. Imo non habes ullum jus ad partem, *ait dominus*, ut judicatum est, & res judicata pro veritate habetur. Ergo ubi nec pars, neque jus ad partem est, ibi jus Accrescendi esse non potest. Titius; Judicatum quidem est, me non habere jus ad partem, sed male, & super aliâ re, quàm quæ nunc vertitur. Ideo non obstat mihi exceptio rei judicatæ, sed audiendus sum denuo, quoniam alia res est, nec ego respectu rei nunc ago: quo casu non dari exceptionem rei judicatæ constat. Vel potius ita dicet: In petitione Partis primâ, forsitan obstitisse sibi, quod in hac parte non obstat; v. gr. capitis diminutionem, vel præscriptionem; cum verè legatarius esset ex parte: Quod jus cum ex tacita defuncti voluntate sit affectum in personam fructuarii, sequitur Accretionem personalem, qualis est in usufructu, adhuc habere locum. Rectè autem addit Accursius si judicatum sit, ne quidem fuisse legatarium ex parte ususfructus Titium, esse locum exceptioni rei judicatæ, sicut in proprietate, quod putem convenire sententiæ Papiniani, licet hæc verbis infinita sit, nec aliter accipienda quæ à nobis demonstrata sunt, quia tum ne quidem personale jus in usufructu haberet vel habuisset Actor.

3. Quid vero Autumnus? Negat æquum esse, ut ususfructus in illo casu, per-

sonæ Fructuarii accrescat. Vult eam accedere proprietati, quæ alioquin hoc commento Juris fiat inutilis: præsertim, quod is, qui partem ususfructus amisit per sententiam, fingatur illam adhuc habere, contra veritatem rei judicatæ; Ideoque moribus id non servari hodiernis autumat. Sed cum hæc censura ad ipsum jus Accrescendi, quod multi ex hodiernis Pragmaticis abolitum vellent, ac inprimis ad discrimen, quod est inter usumfructum & proprietatem, de quibus ad *alios textus* agendum erit, pertineat, hic nobis sufficit, demonstrasse, in hoc textu nullum esse proprium censuræ figendæ argumentum.

Africanus Lib. v. Quæstion.

Stipulatus sum de Titio fundum Cornelianum, detracto usufructu: Titius decessit. Quæsitum est, quid mihi heredem ejus præstare oportet: Respondit, referre, quâ mente ususfructus exceptus sit. Nam si quidem hoc actum est, ut in cujuslibet personâ ususfructus constitueretur, solam proprietatem heredem debiturum. Sin autem id actum sit, ut promissori duntaxat ususfructus reciperetur, plenam proprietatem heredem ejus debiturum l. 36. §. 1. d. Usufr.

1. Reprehendit Africanum Autumnus, quod secundum ea quæ proponerentur, non responderit, quia *si non constat, quâ mente exceptus sit Ususfructus, non definiat, quid heredem præstare oporteat*, ac ita incertum relinquat Lectorem. Censura non justa est, nec verum, quod Africanus non responderit, secundum ea quæ proponerentur. Non definivit omnino quæstionem, hoc verum est; quia non fuit ita proposita, ut absolute definiri posset. Etenim verba; *promitto tibi fundum, detracto usufructu*, nihil quam nudam proprietatem stipulatori addicunt, Quid de usufructu fieret, à partibus expressum non est. Hoc igitur cum facti sit, probationi delegatur ab Africano, ne quid temere præjudicet. Si de facto liqueat, promissorem sibi tantum reservasse usumfructum, jure ipsius morte finito, non est dubium, quin ad eum qui habet proprietatem, quæ est apud stipulatorem, spectet ususfructus, §. *ult. I. de Usufr.* Sed fieri potest, ut mens promissoris fuerit, quo ususfructus non sibi sed alii constitueretur, Tunc ipsius morte non finiretur. Et hæc res in actu quidem inter vivos magis est dubia, quam in testamento, ubi testator, jubens heredem suum præstare Titio fundum, deducto usufructu, hunc apud heredem sine dubio manere voluit; Ideoque nihil hærendum est, quin herede mortuo, Dominium plenum ad Titium pertineat. Autumnus est audacior Africano; Statuit, idem in dubio, de Actu inter vivos esse præsumendum: A quo Africanus ipse forsitan, si de mente contrahentium nihil speciale constare possit, non fuerit alienus. Sed primo tutiorem viam consulentibus monstravit, quod non est reprehendendum. Si quid actum est, constiterit, ex facto judicandum: Si nihil quam verba ferant, actum esse appareat, ita præsumendum videtur; Reservationem ususfructus habuisse respectum ad personam promissoris, & sic eo mortuo, stipulatori plenam proprietatem deberi; haud procul à mente Autumni.

Paulus Lib. IX. ad Plaut.

Si extraneo scripto & emancipato præterito, matri defuncti, deducto usufructu, proprietas legata sit, petitâ contra tabulas bonorum possessione, plena proprietas, pietatis respectu, matri præstanda est l. 46. d. Usufr.

1. Si gratiam huic scriptionis generi, per auctoritatem & laudem eorum, qui Censuram Artis exercentes materiam contra scribendi nobis præbent (quod institutum forte non est ex iis quæ huic seculo maxime displiceant) forsitan rectè consulerem, si hunc locum silentio transmitterem: sicut transmisi censuram ad *l.* 42. §. 1. *h. t.* male, nec apposite collocatam; qua proinde piguit, morari Lectorem. Sane & in hoc Textu reprehendendo, Censores nostri tam exiguo utuntur judicio, nisi meum adhuc multo minus est, ut mirer, homines cordatos, non esse veritos illud dictum quibusdam male applicitum, in se versum iri; *Ad Crisin Artis Juridicæ neminem accedere, nisi qui Crisin, hoc est, Judicium ipse non habet.* Autumnus primo agmen textuum, quos cum his Pauli dictis committit, enumerat, quorum argumenta quomodo huic loco opponantur, cum ego non animadvertam, iis educendis & refellendis supersedebo. In universum, hoc quidem, etsi plura miscet, velle videtur; Jure veteri, Filius emancipatus præteritus, per bonorum possessionem contra tabulas, rescindens testamentum, legata nihilominus in eo testamento relicta personis exceptis, ut sunt liberi, parentes, uxor & nurus dotis nomine, præstare debet *l.* 1. *d. Bon. poss. c. tab.* Unde filius emancipatus præteritus in *h. l.* debet etiam præstare legatum matri relictum. Hoc jure *Novell.* abrogatum esse vult Autumnus; quod si verum sit, nihil tamen ad Pauli censuram faciat, qui nonnisi de sui temporis jure commentari potuit. Sed verius est, liberos emancipatos præteritos in Jure Justinianæo nullum aliud habere remedium, quam bonorum possessionem contra tabulas. Quod si maximè verum fit, ut Autumnus objicit, nullam jure novo esse differentiam inter bonorum possessionem contra tabulas & querelam inofficiosi testamenti, nihil adhuc in præjudicium hujus loci, ne quidem Juris novi ratione, colligi potest; Nam rescisso per Querelam inofficiosi Testamento, non tantum legata personis exceptis debentur, sed omnibus: Ita enim jure novo cautum est, per Querelam inofficiosi solam heredis institutionem everti; reliqua testamenti capita salva manere placuit, *Auth. Ex causa C. de lib. præter.* Ergo etiam matri in hujus legis specie suum legatum manebit.

2. Sed hæc res aliquanto justiore causâ moveat Censorem, quod Paulus non simpliciter matri suum legatum vindicat, sed hoc etiam auget; loco proprietatis nudæ, vult ei quoque præstari usumfructum. Unde hoc? *Pietatis respectu*, ait. Sed hæc quidem est ratio probabilis exercendæ liberalitatis & justitiæ attributricis; non est æque Expletricis & causa juris perfecti, quod alium alii concedere oporteat; quo, inquam, filius rescisso testamento, plus Matri quam lex jubet, concedere debeat. Sed hac de re paulo inferius videbimus, ubi primo aliam Censoris objectionem removerimus.

3. Etenim

3. Etenim Autumnus aliam movet difficultatem, valde prægnantem verbis, re, nisi fallor, evanidam. *Si mater*, inquit, *legatam proprietatem retineret & usumfructum, propter consolidationem; filius nihil consequeretur, & ita careret bonis paternis, quod impium esset. Ideo semissem bonorum matri præstandum esse puto.* Quid hoc est portenti? Non videtur mihi ad *hanc l.* 46. vel ad ejus speciem, sed ad quidvis aliud advertisse memoriam. An si mater legatum solidum retineat, ideo filius nihil de bonis consequetur: Adeone legatum illud omnia bona exhaurit? Vel oblitus est Censor, legatum nihil esse quam delibationem hereditatis & rem particularem *l.* 116. *in pr. d. leg.* 1? Unde vero illud absurdum, in quo definit; *semissem bonorum, matri esse præstandum.* Ut filius præteritus, testamento rescisso, hereditatem cum matre defuncti dividat? Absit, ut credamus, Senatui Tholosano unquam ejusmodi sententiam, quam citat ex Meinardo *lib.* 6. *c.* 12. venisse in mentem: casum non minus huic dissimilem, quam rationes Autumni à Paulo abhorrent, si quis inquirat, sine dubio deprehendet.

4. Quid tamen hoc est, adeo ne me omnia fallunt, ut hic Autumnum in Censura Pauli, mirè vel miserè falsum esse, male adfirmaverim; ne alterum Censorem Belgam in eodem luto hærere dicendum sit? Verba Groenewegii *ad hanc L.* Jure novissimo, inquit, Legitima nullum gravamen admittit. *dix. in* §. *ult. Inst. de Inoff. testam.* ideoque Testamento irrito ex causâ exheredationis vel præteritionis, quamvis legata nihilominus firma sint. *Auth. Ex causâ C. d. Liber. præter.* Matri tamen, cui nuda proprietas legata erat, ususfructus non accrescit, sed filiis debetur Legitima, cujus nec usufructu ullo modo defraudari possunt *Auth. noviss. C. de Inoff. testam.* Hactenus Groenewegius. Imaginatus æque est ac Autumnus, matrem hic consequendo proprietatem legati, cum usufructu, totam hereditatem ablaturam, & sic etiam Filii Legitimam; quæ nullo modo ei per leges adimi possit. Si credere non licet, eos magistros Censores in argumentis censuræ suæ collocandis, ad verba mentemque legum, nonnisi obiter & fortuito respicere, scire velim, qui fieri possit, ut duo clari nominis Auctores tam enormiter heic, habentes ob oculos textum, impingere potuerint. Quis enim non videt, de Legitima nullum hic esse periculum, Matrem nihil quam legatum; quod quidem non exprimitur, quale quantumque fuerit, sed rem singularem esse definitio legati & totum jus clamat; accipere solidum, etsi in Testamento nonnisi *deducto usufructu*, relictum esset?

5. Hoc jam unum superest; Quæ sit illa vis pietatis, quâ Paulus matri plus quam relictum est, post rescissionem Testamenti, putat esse præstandum; cum lex aut Edictum Prætoris, parentibus eodem pietatis respectu, nonnisi quod relictum fuerat, præstari jubeat. Videtur hæc esse ratio; Extraneo herede instituto, mater accepit legatum, deducto usufructu, qui proinde penes heredem extraneum manere debuit, ex voluntate Testatoris. Filius emancipatus Testatoris præteritus, rescindit Testamentum & removet illum heredem extraneum, qui habuerat usumfructum è Testamento. Probabile est ut ususfructus ille destitutus, cum proprietate consolidetur; quod tamen etsi ex ratione juris adfirmari non possit, cum filius rescisso testamento, jus heredis scripti habeat, quod deest subtilitati, id æquitate & pietate tam testatoris erga matrem, quam filii adversus aviam, supplendum

dum judicat Paulus, satis equidem prudenter & pie, sed aliquanto audacius quam à Juris-consulto expectetur, producta ratione probabili ad perfectam, & argumento justitiæ Attributricis ad Expletricem; quod magis est legislatoris, quam Juris periti. Proinde sit hic locus, ut est, auctoritatis Nomotheticæ.

Neratius Lib. 2. Responsor.

Usufructuarius novum rivum parietibus non potest imponere. Ædificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet: etiamsi eo loco aliter uti non possit: sed nec ejus quidem usumfructum esse: Nisi in constituendo, vel legando usufructu, hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat l. 61. d. Usufr.

1. Hunc textum haud immerito *mirum* appellat D. Antonius Matthæus *Disp. ad Pand. 16. th.* 32. aliâ tamen quam à Cujacio motâ ratione *lib.* 1. *Obs.* 36. cui mirum videtur, quod Neratius negat, usufructuarium posse novum rivum imponere parietibus. *Rogo*, inquit, *quis sic loquitur, novum rivum parietibus non potest imponere? Deinde, cur parietibus, ut ita loquamur, potius negavit, rivum imponi posse, quam solo, quo plurimum rivus duci solet?* Vult igitur pro *rivum* Legi *tectorium*. Credit, descriptorem Digesti Florentini, secutum esse librum obsoletum, in quo duæ priores syllabæ vocis *Tectorium* fuerint excesæ, ut nihil quam *rium* extiterit; quod cum non intelligeret, fecerit inde *rivum*. Quod esset probabile, si Florentinus liber esset descriptus eo tempore, quo exemplaria Pandectarum nonnisi vetustate adesa extarent. Sed cum ejus antiquitas sit à tempore florentis Græciæ, sub posteris Justiniani, ne *sub ipso* dicam, cum esset copia recentium exemplorum, minus huic conjecturæ tribuerim, quam collationi *Legis* 44. *h. t.* Ubi Neratius idem scribit, *Usufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, non potest imponere:* quæ verba non male cum primis hujus *l.* 61. dictis conveniunt. Plane, si τὸ *Rivum* in hoc loco non haberet intellectum, minus mirum foret ex *l.* 44. petere subsidium emendationis: sed nihil opus est, opinor; Rivos imponi parietibus non miretur, qui Manilium audiverit, 5. *Astronom.*

Et peregrinantes domibus suspendere rivos.

Et eodem libro; *Undas inducere tectis,*

Ipsaque conversis adspergere fluctibus astra.

Imo si flumen haberi potest suprà parietes, nemo rivos imponi parietibus insolens dixerit. Est autem ita; nam Stillicidium & flumen eodem loco sunt, *l.* 1. *d. Flum.* Stillicidium casitat, flumen fluit, id est, confertim cadit, per tubum. Justinianus, *Urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas* §. 1. *Inst. de Servitut.* Paulus; *Stillicidium*, ait, *quoquomodo acquisitum, altius tolli potest: Levior enim fit, eo facto, servitus: cum quod ex alto cadit, levius, & interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem: inferius demitti non potest: quia fit gravior Servitus: id est, pro, stillicidio* FLUMEN, id est *Rivus l.* 20. §. 4. *d. Serv. P. U.* Quo igitur hujus loci Lectio, cum pace Cujacii maneat, satis habere videmur rationis & auctoritatis.

2. Sed est aliud Mirum, de quo nobis vellicat aurem Cujacius, quod si expedire

dire possimus, Mirum hujus loci minus mirum videri poterit. Titius accepit usumfructum domus, in quâ parietes nondum erant incrustati, sive tectorio inducti & dealbati, sed rudes & deformes. Vult eos incrustare, dealbare, sive tectorio inducere, ac ita in iis habitare. Non potest, ut Neratius & Cujacius volunt. Quid ita? Fructuarius, qui jus habet utendi fruendi, loco domini, parietes rudes inducere non potest tectorio? Nonne habitare potest, ut homo, potius quam ut pecus? ita nullus pater, nulla materfamilias in omni Belgio non dicet. Quanto rectius Nerva filius, & *lumina immittere posse fructuarium, sed & colores & picturas & marmora & sigilla, & si quid ad ornatum domus pertinet*, eum facere posse scripsit, Ulpiano & Juliano testibus in *l.* 13. §. 7. *d. Usufr!* Quin ipse Neratius, inter ea quæ fructuario licent, enumerat, *tectoria & pavimenta facere l.* 7. §. *ult. eod. tit.* Hic rhodus, hic saltus, antinomica eunomicis mixta! Quid ergo? Vertamus, fultis, emendationem Cujacii, & legem *Neratii* 44. emendemus ex eodem Neratio in *l.* 61. ut pro *tectorium* in *l.* 44. legamus *rivum*, viceversâ quam Cujacius, hoc modo, *Fructuarius novum rivum parietibus imponere non potest.* Hoc enim Eunomia facile admittet; Quippe rivum aut flumen, qui vel quod nunquam in parietibus fuit, illis imponere, nova res est, onerosa domui; quale nihil posse fructuarium satis constat & ratio dictat: de tectorio parietum nemo dominus conditionem suam fieri deteriorem crederet, nec quisquam in his diebus, puto, proprietarius, in hac re fructuarium boni patrisfamilias officium excedere, vel hoc ipsi prohibere, nisi insanus haberi vellet, in animum induceret. Et profecto, si verba *l.* 44. *qui rudes fuissent* parietes, tam rivo superimposito, quam tectorio, sensum haberent oppositum, ego non dubitarem transponere conjecturam Cujacii, & *legem* 44. *ex l.* 61. emendarem. Sed retinent nos verba *d. l.* 44. *qui rudes fuissent.* Parietes non habentes tectoriū sunt *rudes:* qui rivum non habent, hos rudes appellare non licet, opinor.

3. Quomodo igitur removemus absurdi & contrarii notam? De absurdo prius. Τῷ νῦν καὶ ἐνεστηκότι, ut ait Plato, nostri soli & seculi moribus, non posset non videri absurdum, si dominus usufructuarium cautione fructuariâ teneri contenderet, ideo, quod rudes parietes tectorio induxisset, quale nobis hodie in usu est, quo tantum parietes lævigantur & dealbantur. Sed tectorium, quo veteres usi sunt in incrustandis parietibus, ipsis habetur inter voluptuaria *l.* 79. §. *ult. d. V. S. l.* 3. §. 4. *d. In Rem Verso.* ubi sic Ulpianus: *Sed si mutuâ pecuniâ domum dominicam exornavit tectoriis & quibusdam aliis, quæ magis ad voluptatem pertinent, quàm ad utilitatem, non videtur in rem versum; quia nec procurator hæc imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit, nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset.* Unde colligimus, non fuisse ordinarium, ut parietes tectorio inducerentur, fuit ornamentum, & quidem voluptuarium; Vel dic potius, duplex fuisse tectorium, ordinarium & voluptuarium. De ordinario habes textum in *l.* 13. §. 1. *d. Serv. Urb. Pr.* De voluptuario Ulpianum audivimus, & mox videbimus Plinium. Hoc voluptuarium ab alio impositum dominus non præsumitur fuisse facturus, ideoque procurator aut servus dispensator id inter expensa computare non potest, *d. l.* 3. §. 4. Simplicitas veterum rudibus contenta fuit parietibus, aut fortean calce negligentius oblitis; non tectoriis ad splendorem exornatis: quomodo Plinius, *Tectorium*, inquit, *nisi ter barenato & bis mar-*

 morato

morato inductum est, non satis splendoris habet lib. 36. *c.* 23. Quod igitur servus, quod procurator à domino rei suæ præpositus, facere non potest, sine domini consensu, quid mirum est, Usufructuarium, qui re sicut est, uti, nihilque innovare potest, id sine consensu ejusdem domini facere non posse, quod dominus ipse non fecit, neque facturus præsumitur, ut Ulpianus docet in *d. l.* 3. §. 4.? Contentus sit habitare fructuarius, quemadmodum dominus habitavit, habitaturus est; aut impetret ejus consensum, quem probabile est, eum facile habiturum, si proprio sumptu tectorium imponere velit. Enimvero apud nos, quibus sine tectorio parietes, nisi aulæis tecti, horridi sunt, hac parte consensu opus fore speciali, non existimo: apud Gallos an opus sit, Cujacius & Galli viderint; nam ea res à moribus & à munditie populari pendere videtur. Ex hypothesi moris Romani & genere tectorii illo voluptuario vix est, ut quicquam in eo quod ait Neratius absurdi esse videatur: si modo responderi possit ad textus oppositos.

4. Et quidem primo, quod ex eodem Neratio scribit Ulpianus, *Usufructuarium posse tectoria & pavimenta facere* in *l.* 7. §. *ult.* de refectione accipiendum esse, patet è præcedentibus *ejusdem* §. *verbis, & è sequentibus*, dum reficere posse quælibet, ampliare eum nihil posse tradit. Quid autem ad hoc, quod colores & picturas aliaque ad domus ornatum immittere potest usufructuarius? Si & tectorium ad ornatum faciat, quid huic magis obstat, quam illis? Maxime, si fructuarius, suo sumptu, velit inducere tectorium, quo casu non videtur obstare citata *lex.* 3. §. 4. *d. in Rem vers.* Enimvero, si tam exilibus rerum momentis Juris-consulti quandoque dissenserint, ut è collatione similium constat, nihil mirum hac parte fuerit. Sed & de picturis quod dicitur, idem quod de marmoribus & de sigillis *eâdem l.* 1. §. 7. commemoratis intelligi potest, quod separata ab ipsis ædibus ornamenta fuerint; inter colores autem & tectorium interfit hoc, quod illi facilius à domino, si displiceant, usufructu finito, tolli mutarive possint, quam tectoria parietum. De immissione luminum, quæ usufructuario permissa dicitur, in *d. l.* 13. §. 7. statim agetur commodius.

5. Nam aliud mirum est in hac *l.* 61. quod is, cui usufructus ædium legatus est, inchoatum ædificium consummare non possit, etiam si aliter eo loco uti nequeat, adeo, ut nec ejus quidem usufructus sit. Cum in omni Jure, qui vult finem, etiam velit media ad illum finem ducentia *l.* 2. *d. Jurisdict.* Et in hoc ipso genere, qui legat usumfructum agri, simul etiam jus imponendi ædificium agro ad fructus percipiendos necessarium legare videtur *d. l.* 13. §. 6. *l. pen. h. t.* quanto magis consummandi domum inchoatam facultas pendebit ab usufructu ædium legato? Costalius tamen ad hanc *l.* 61. sibi hanc rem miram non videri scribit; quia fructuario non permittitur altius tollere, neque diætas separare, vel conjungere, aut aditus vel posticas vertere, tametsi rem meliorem sit facturus *d. l.* 13. §. 7. At harum rerum est alia ratio; Non sunt enim illæ mutationes necessariæ; sed potest & debet usufructuarius esse contentus eo, quod ipsi domino satis fuit, & forte domino præsenti, finito usufructu, displiciturum est.

6. Rursus, si non licet ædificium affectum consummare, nihilque novi facere, quid hoc est, quod Ulpianus scribit in *l.* 15. *pr. h. t.* Si quid usufructuarius *inædificaverit, postea illum neque tollere hoc, neque refigere posse?* Non libet in re

tam

tam parvi usus prolixe referre, quid Corasius, *Miscell. 6.* Donellus 10. *Comm.* 10. & glossatores aliique ad hunc locum & difficultatem solvendam commentati sint. Inspiciat, cui libet. Quid mihi videatur, dicam; Esse distinguendum, inter usumfructum omnium vel plurium rerum in genere, & specialem Domus usumfructum. Si prius, non potest usufructuarius inchoatum ædificium, quod in bonis sibi ad vitam relictis invenit, sine consensu proprietarii absolvere, nisi tantum modo sit horreum fructibus colligendis paratum. Quin etiam nec ususfructus quidem domus illius imperfectæ videtur esse relictus; etsi forte in illo genere rerum contineatur; siquidem nec habitare potest in imperfectâ domo, nec eam consummare, natura ususfructus patitur. Quod autem de inædificato per usufructuarium, non tollendo habetur, in *l.* 15. de modico additamento, ad usum, non ad consummationem pertinente, capiendum. Quod si Testator, usumfructum domus inchoatæ specialiter alicui legaverit, non dubitabimus, quin heres ipse proprietarius ad consummandum ædificium, & legatario ad utendum fruendum præstare teneatur. Tantum est.

Ulpianus Lib. XVII. ad Edict.

Interdum pars ususfructus & non habenti partem suam, sed amittenti accrescit. Nam si ususfructus duobus fuerit legatus, & alter lite contestatâ, amiserit usumfructum, mox & collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, Partem dimidiam duntaxat, quam amisit, qui litem contestatus est, adversus eum qui se liti obtulit, à possessore consequitur. Pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis. Ususfructus enim personæ accrescit, etsi fuerit amissus. l. 10. d. Ususfr. accresc.

1. Hic textus in eundem Censuræ aculeum, quem fixit Autumnus in *l.* 33. §. 1. *d. Usufr.* impingitur. Is enim rationi & æquitati convenire statuit, ut pars ususfructus deficiens ad proprietatem, non ad conjunctum in usufructu pertineat. Si quis instet ex §. *ult. I. de Usufr.* non dari ususfructus cum proprietate conjunctionem, nisi *totus* ususfructus finiatur, ille subtilitatem hanc esse replicabit inanem: Quid enim vetat usumfructum pro parte cum proprietate conjungi, æquè ac ab initio sæpe contingit, ut prò parte penes unum & pars altera penes proprietatem sit *l. 6. d. Usufr. ear. rer. l. 29. d. usu & usufr. leg?* Solidius hoc esse putat, quod naturalis sit ususfructus cum proprietate conjunctio, scilicet, ut quisque fructus rei suæ capiat, potius quam hæc alii serviat; præ illâ subtilitate, quam Juris periti magis excogitasse, quam è natura negotii petiisse videntur, sicut & de omni jure Accrescendi quo nihil subtilius, pariter id ab usu removendum esse multi arbitrantur. Ipse Mornacius *ad h. l. Dubitavi*, inquit, *an adjicerem de his quicquam. Legi enim nunquam, nec ab ullo audivi, motas in id fuisse ullas quæstiones.* Quod autem nullius usus est, magis ad Historiam Juris antiqui, quam ad Jurisprudentiam, quæ est Philosophia popularis, pertinet.

2. Hoc quidem Mornacius de argumento hujus *legis* 10. potius, quam de Universo Jure Accrescendi, quod Autumnus insectatur, posuit. Observatum est

jam pridem, duplex esse jus Accrescendi, Unum quo pars vacans hereditatis accrescit scriptis heredibus, nullo deficiente; quia Nemo, nisi miles, pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest *l.* 7. *d. R. I.* Quam regulam usus hujus seculi rerum hominumque, simul & jus Accrescendi inde dependens in multis populis abolevit, quâ de re vide Groenewegium ad §. 5. *Inst. de Hered. inst.* Sed jus Accrescendi, de quo hic agitur, quo pars deficientis accrescit conjuncto, non esse abolitum, multis idem auctoritatibus probat, & secundum illud omni die responderi & judicari videmus. Etenim, ut Pars ususfructus deficiens, accrescat ei potius, qui partem habet alteram, quam domino proprietatis, id habet tacitam defuncti voluntatem. Nam in casu, quo jus Accrescendi locum habet, Testator duobus aut pluribus ejusdem rei usumfructum legat, sine partibus realiter discretis; nudam autem proprietatem penes heredem aliumve, quem noluit habere usumfructum, collocavit. Quando igitur pars ususfructus deficit, tunc est vero similius, quod Testator hanc partem relictam voluerit ei, quem ad eundem usumfructum sine distinctione partium vocavit, quam ei, à quo usumfructum penitus alienavit. Hæc de jure Accrescendi in usufructu, generaliter.

3. Argumentum hujus textus eodem pertinet, de quo habuimus in *d. l.* 33. §. 1. nisi quod hic textus aliquid obscuritatis habet è concisione verborum, quibus Ulpianus utitur. Ponit usumfr. duobus relictum. Alter ex illis petit suam partem. Sed repulsam patitur, sive per judicis injuriam, vel quod interim capitis diminutione vel præscriptione suum jus amiserat; *mox & collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfr. amisit. Partem dimidiam duntaxat, quam amisit* ille qui litem contestatus non erat, is, *qui litem contestatus est, consequitur.* Etsi enim ille partem ususfructus sibi relictam consequutus non est, verè tamen esse potest usufructuarius; quia sententia, quæ ipsi adversa fuit, non est modus amittendi usumfructum, vel ponendum est, priorem Ususfructus partem, ei non fuisse negatam, quod pars ususfructus ei legata non esset, verum per capitis diminutionem aut per Præscriptionem; quibus causis non desiit esse legatarius, ideoque nec amisit Accrescendi jus, etsi parte sibi legata exciderit. Si de parte dominii hoc ipsi per easdem causas accidisset, Accrescendi jure non gauderet, quoniam hoc in dominio, parti advolvitur instar Alluvionis, ut habuimus ad *l.* 33. §. 1. *suprà.* Sed in usufructu jus Accrescendi pertinet ad personam usufructuarii, non ad rem; Atque dominium est ipsa res, ususfructus est jus personale, quod idcirco habet affectionem personalem. Plus difficultatis inducit ad hunc locum Cujacius *lib.* 9. *Obs.* XI. quæ his positis, suo loco relinquere posse videmur. Censuræ satisfactum est.

Papinianus Lib. XVII. Quæst.

Cum singulis fructus alternis annis legatur, si consentiant in eundem annum, impediuntur, quod non id actum videatur, ut concurrerent. Multum enim refert, duobus simul alternis annis legetur, quod sanè ultra primum annum procedere non poterit, non

non magis quam si uni legatus ita fuisset; an singulis, alternis annis. Nam si concurrere volent, aut impedient invicem propter voluntatem, aut si ea non refragabitur, singulorum annorum fructus vacabit l. 2. §. ult. Quib. mod. Ususfr. amitt.

1. Hæc quidem subtilitas æquitati & voluntati Testatoris refragari videtur. Quid enim? Nonne Testator usumfructum ab herede penitus alienavit, cum singulis usumfr. alternis annis legavit? Si ergo legatarii consentiant, ut simul utantur, quid hoc ad heredem, cui perinde est, utrum bini pro parte media confertim, an singuli in solidum alternis utantur? *Voluntatis tantum quæstio est, quâ non bene perspecta, Papinianus quæstionem temere definivit*, ait Autumnus, qui fructum vacare debere, propterea, quod modum ususfructus exercendi, communi consensu, mutant legatarii, negat, cum in eâ re nihil heredi, sive domino proprietatis offerant iniqui aut jus ejus minuant.

2. Enimvero, si Testator in legato alternis annis relicto nominatim expresserit legatarios, ordo annorum ex ordine nominum sumitur *l. 34. in pr. d. Usufr.* Si ordo nominum vices annorum non exhibeat, ut si dixerit, duobus fratris mei Titii filiis, inter se consentire debent, uter prior, uter anno sequente sit usurus fruiturus, & si alter ad consensum adduci nequeat, judicis officio res dirimitur, per *l. 84. §. ult. d. Legat.* 1. Quid si nolint alternis annis uti frui, sed in unum eundemque annum consentiant? Hunc esse dissensum ait Accursius, id est, cum uterque vult esse primus, & res à judice non dividitur, ambo in eundem irruunt annum. Sed hunc dissensum à Judice, vel sortilegio tolli expeditum erat; Verum in specie hujus L. fructuarii videntur sic inter se convenisse, uti pariter continuis annis uterentur. Quid obstat, quominus ita inter se convenire possint? Si commodius est ipsis simul in fundo habitare & agris uti, quam alternis annis migrare & instrumenta culturæ transferre de loco in locum? Quod si de ordine constet è testamento, vel judicis officio vel ipsorum conventione, quare primus impedietur cum secundo pacisci hoc modo, secundum verba Testamenti? Ego prius, tu sequenti anno utemur fruemur. Jam ego te admitto in communionem hujus anni; tu me vicissim admittes in communionem sequentis anni, idque dum uterque in vivis erit, continuabitur. Non est dubium, quin si concordare queant, id commodius sit ambobus, & suo personali, & agriculturæ respectu: Nec heredis quidem intuitu quicquam interesse videtur.

3. At Papinianus, *Multum* ait, *refert, duobus simul alternis annis legetur, quod sane ultra primum* è duobus *annum, procedere non poterit, non magis, quam si uni legatus ita fuisset: an singulis, alternis annis.* Interesse inter hæc, non potest negari; Si duobus simul alternis annis legetur Ususfructus, ambo per unum annum utentur fruentur, alterius anni ususfructus vacabit, quemadmodum fit, si ususfructus uni alternis annis legetur. Quando verò singulis relinquitur alternis annis, ususfructus continuo est occupatus, modo vices annorum servent. At si in unum annum consentiant, impediuntur in continuo ususfructu exercitio. Sed cum civilium rerum differentiæ in effectis consistant, quid efficit hoc impedimentum: Papinianus adfert rationes, sed quæ aut verbis solummodo Testatoris, non re ipsâ ac effectu nituntur, aut in captionem inanem desinunt. *Nam* ait, *si concurrere volent, aut impedient invicem, propter voluntatem:* quia Testator voluit, ut alternis

alternis vicibus, non ut simul uterentur. *Aut si ea non refragabitur*, id est, si Testator illis hanc potestatem fecerit, ut simul, id est, eodem anno uti possint, tum, inquit, *singulorum annorum fructus vacabit:* id est, singulis biennii vicibus, unius anni. Tunc enim similes sunt iis, quibus simul alternis ususfructus relinquitur, ut dictum. Quia sustulerunt vices alternas; & continuitas ipsis non competit è testamento. Sed an non ista videtur esse inanis captio? Pone; Tu & ego sumus fructuarii alternis annis. Primo anno, cum tuæ vices sunt, admittis me in societatem, non jure meo, sed tuo; meum jus igitur non consumpsi, hoc anno sequente superest; quid vetat, me nunc, cum meæ vices sunt, te admittere in usufructu fundi, non tuo, sed jure meo, atque ita continuare cessiones juris utriusque nostrum? Difficile est, dicere, quid hanc reciprocationem impedire possit.

4. Difficile est etiam dictu, Papinianum in re minimè difficili, tam inciviliter ineptire, quam vult Autumnus, & quam ex iis quæ dicta sunt, videatur. Sed ego non putem, omnem illam instantiam congruere in Papiniani sententiam. Ille nititur hoc fundamento; Qui aliter utitur usufructu, quam à Testatore præscriptum est, ille non utendo per modum, amittit usumfructum §. *pen. I. de Usufr.* quemadmodum, qui aquæductum habet, ut nocturnâ utatur aquâ, si interdiu utatur, amittit aquæ ducendæ servitutem *l.* 10. §. 1. *Quemadm. Servit. amitt.* Vel si quis alios modos servituti impositos non servaverit *l.* 11. *l.* 18. *in pr. eod. tit.* Eodem jure, qui habent servitutem, ut singuli alternis utantur, non possunt uti pariter, quia non possunt sibi ipsis mutare causam Servitutis à Testatore certo modo præscriptæ. Si vero Testator ita singulis usumfructum alternis annis reliquerit, ut tamen permitteret iis pariter uti, si vellent; hoc aliter accipi non potest, quam ut alternatio maneret: Verum enim est, quod Testator singulis usumfr. alternis annis legaverit, nec illi id ita mutare possunt, ut ambo continuis annis utantur fruantur. Ideoque, si ambo in eundem annum consentiant, utriusque jus illo anno consumitur, & sic alterius anni fructus vacabit: Perinde ac si unus vel duo simul usumfr. alternis accepissent. Nec ad rem pertinet, quod hæredis nihil interesse videatur, utrum pariter annis continuis, an singuli alternis utantur annis. Non sequitur enim, Tu nihil damni ex usu, quem ego in re tua instituo, capis; Ergo id impedire non potes. Imo possum, nisi Testator, cui parere debeo, secus injunxerit. Ista foret calumnia juris, non dissimilis ei, quæ memoratur in *l. pen. ad Exhibend.* ubi; *Nam illâ ratione studiosus alicujus doctrinæ posset dicere, sua interesse, illos aut illos alterius libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior & melior futurus esset:* Libri autem domino suo per hunc usum nihilo deteriores futuri essent. Sicut inde non datur jus perfectum, invito domino, libris utendi; ita nec fructuariis, invito proprietatis domino, usufructum aliter quam constitutus est, exercere licet.

5. Hæc pro sententiâ Papiniani: verum enimvero, si legatarii vices annorum inter se constituerint, & primus jure suo, priorem annum exerciturus, secundi anni legatarium in societatem sui anni recipere velit, hoc heredem, sive Dominum proprietatis impedire posse, summo jure vel etiam ex æquitate non apparet quâ ratione contendi queat; cum utique extraneo, si velit, partem ususfructus

ctus non minus quam totum, ex pacto, concedere possit; hactenus, ut fructus unâ percipiat, jus tamen ususfructus nullam recipiat mutationem *l. 12. §. 2. l. 38. l. 67. d. Usufr. junct. l. 66. d. jur. dot.* Sed ut de tali conventione Papinianum egisse non liquet, nec adeo de tali cogitasse videtur; ita nescio, an usufructuariis per ejusmodi Conventionis circuitum, conditionem sive modum ususfructus, ex alternativo in continuum, transformare permitteretur; quod revera fieret, in fraudem, ut videtur, Testamenti, & Heredis proprietarii; cui possunt esse rationes, cur malit ut alternis annis singuli, quam ut bini quotanis usumfructum rerum suarum exerceant. Ergo omnibus bene perpensis, sententia Papiniani rectâ & solida ratione constare videtur. Nec adeo Prætoris interventus, qui legatarios dissentientes ubi de eo quod ipsorum interest duntaxat agitur, dirimere solet, jus hujus loci, quod ad tertii Heredis sive proprietarii spectat præjudicium, mutare potest, ut recte Faber ad *hunc* locum secus ac putat Accursius, & Fabro antea visum fuerat, uti se retractans ipse fatetur.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabin.

Quadriga usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur ususfructus, quæritur. Ego puto, multum interesse, equorum, an quadrigæ ususfructus sit legatus. Nam si equorum, supererit in residuu: Si quadrigæ, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit, l. 11. §. ult. Quib. mod. ususfr. amitt.

1. D. Wissembachius *ad h. tit.* Hoc *subtile magis est, quam ex usu, hodieque judicatur contrarium.* Ita quoque censores & ipse Mornacius, minime alioqui censor juris antiqui; nulla tamen Statuta, vel auctoritatem allegantes diversam, sed ad *fori columnam*, ait Mornacius, *à peritiorum conventu secus existimatum esse.* Quorum quidem judicium, pragmaticorum, inquam, hodie in fori peristyliis ambulantium, non esse spernendum fatemur; sed animadvertendum est, an hypothesis quæstionis eadem sit hodie, quæ fuit olim: Etenim linguæ veteris & nostræ, hac in re, diversa videtur esse ratio, cujus rei exemplum elegans Mornacius *ad h. l.* refert; Cum Advocatus quidam apud Lutetiam Parisiorum, verba hujus textus, *cum equus decesserit*, vernacule ita extulisset; *le cheval estant decedé*, verbotenus ut Ulpianus, risu tamen sonoro totius auditorii exceptus est; cum quod latinis rectè dicitur, *equus decessit*, à Gallis, transsumpto licet eodem *decedendi* vocabulo in usum linguæ, ad homines tamen, restringatur, in bestiis autem ridiculum habetur. Ita vix est, ut sermo Gallicus aut Germanicus vel Belgicus, recipiat hanc distinctionem, inter legatum quatuor equorum & legatum quadrigæ. Si hæc, ut totum certæ conformationis accipitur, consentaneum est, eidem juri subjectam esse Quadrigam, cui reliquæ res, quorum ususfructus legatur, obnoxiæ sunt; de quo solet quæri: Si res pro parte perierit, an in parte reliquâ maneat ususfructus: distinguitur, eaque distinctio in universum non reprehenditur; Utrum id quod superest, ejusdem nominis sit cum toto, an vero nomen adeoque speciem suam amiserit. Si hoc, usumfructum interire dicemus *ad §. pen. I. de Usufr.* ut & nos probavimus in Prælect. *ad d. tit. n.* 14. Atqui uno

ex

ex equis pereunte, non est amplius Quadriga. Sed in equorum legato quatuor, uno decedente, reliqui adhuc equi sunt, quales in legato fuerant. Sic etiam usufructu tabernæ vel horrei relicto, si balneum inde vel diæta sit facta, licet eodem ædificio, finitur ususfructus; quia res desiit esse quod fuit *l.* 12. *in pr. eod. tit.* Usufructu servi histrionis relicto, si testator inde nomenclatorem fecerit, etsi idem sit servus, ususfructus tamen perit, mutatâ qualitate, secundum quam legatus erat *d. l.* 12. §. *ult.* Fragilius est jus ususfructus, quam proprietatis, ut in hac ipsa *specie videre* licet ex *l.* 65. §. 1. *d. legat.* 2. Verum, quia non habemus in nostra linguâ distinctionem illam singulis vocibus, inter quatuor equos & quadrigam, hinc usus hujus observationis cessat, absque ullâ Juris antiqui notâ Censoriâ.

Julianus Lib. xxxu. Digestor.

Si tibi fundi ususfructus purè, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, & pendente conditione, Dominium proprietatis acquisieris, deinde conditio extiterit, pleno jure fundum Titius habebit; neque interest, quod detracto usufructu, proprietas legata sit: Dum enim proprietatem acquiris, Jus omne legati ususfructus amisisti l. 17. *Quib. mod usufr. amitt.*

1. Iniquum esse hoc Juliani responsum, non modo Autumnus & Groenewegius, sed etiam Carolus Molinæus, qui, ut verè Mornacius ad *h. t.* excellit in rationibus juris naturæ, politicis & benignis Juri admovendis, ad *Consuet. Par.* §. 13. *gl.* 5. Nec dubitat, si eadem unquam species proponeretur, amplectendam esse contrariam sententiam. Ipse Mornacius hanc juris subtilitatem, etsi à Bartolo & Baldo probatam, ait refugere τὴν κοινὴν ἔννοιαν, *commune æquitatis Judicium.* Tiraquellus de *retr. gentil.* §. 1. *gl.* 7. *à n.* 62. *ad n.* 70. similem tractat quæstionem, in tali specie & materia frequentis usus; Legatus est mihi ususfructus fundi. Venditur ab herede nuda ejus proprietas. Emo illam. Mox à consanguineo retrahitur illa fundi proprietas. Ego usumfructum retinere volo. Retrahens; Tu, ait, usumfructum perdidisti, consolidatione factâ, cum emeres Proprietatem: Tunc enim Dominus per traditionem quoque, saltem brevi manu, factus es, nec ususfructus ita semel extinctus, sine novâ causâ reciviscere potest. Enimvero secundum hujus textus, ut videtur Argumentum, ego amisi usumfructum: Sed iniquum id esse, aliterque judicandum, re multum disceptatâ, judicat Tiraquellus.

2. Hic est similis species. Legatus est mihi ususfructus fundi, & tibi nuda proprietas, sub conditione, si navis ex India veniat. Hæc autem tardat, ut fit, multum, & periisse creditur. Ideoque heres ejusdem fundi proprietatem vendit, egoque illam emi. Paulo post venit inopinatò ex Indiâ navis. Tu fundum istâ conditione tibi legatum petis. Ego proprietate tibi comessa de qua regressum habeo adversus heredem venditorem, legatum mihi usumfructum retinere volo. Tu negatoriam opponis; eo quod usumfructum ego perdiderim, emendo proprietatem, nec ipsemet eam mihi restituere potuerim. Ac ita Julianus sentit, te plenum habere Dominium, me usufructum amisisse peremptorie: quod iniquum & prædu-

prædurum videtur: Quur enim legatarius nudæ proprietatis, existente conditione, plus quam sibi relictum est, consequatur; aut ego usumfructum vivus amittam, nihil justæ causæ apparet. Idque alii Juris auctores, in similibus æquè sentiunt; Papinianus *in l.* 57. *de Usufr.* hanc habe: speciem. Habebam usumfr. fundi alieni. Dominus proprietatem mihi per testamentum legavit; Et sic consolidatione factâ, usumfr. amisi. Mox filius Testatoris, inofficiosi Querelâ Testamentum rescindit, & fundum à me avocat. *Mansisse fructus jus integrum ex post facto apparuit*, ait Papinianus. Similis casus à Javoleno decisus est in *l.* 35. *d. Bon. libert.* nisi quod ibi Testamentum non per Querelam Inofficiosi, sed bonorum possessionem contra tabulas rescissum est; *Usumfructum in causam pristinam restituendum puto*, inquit Javolenus. Nonne paria sunt hæc omnino casui *nostræ Legis?* Enimvero Javolenus suggerit aliquam diversitatis rationem; Nam filius, rescisso testamento, bona quæ & quatenus defuncti, cum moreretur, fuerunt, consequitur: Illo autem tempore ususfructus erat meus: Ergo nec filius aliter accipit bona, quam cum onere ususfructus. Idem de quæstione, quæ est hac de re, in casu Retractus existimaverim. Ego fructuarius emi rem; Tu retrahens fundum meo loco succedis, & res in eum statum reducitur, ac si ego non emissem. Sic usumfructum esse integrum, ex postfacto apparet. Recte tamen consulet emptor usufructuarius, si in emendo protestetur, se rescissa forte venditione, usumfructum sibi velle salvum. Neque tamen sine protestatione, aliter juris esse videtur.

3. Sed videndum, ne non aliter se res habeat in specie *l.* 17. *heic supra scriptâ.* Fructuarius illic emit, aut aliter acquisivit nudam proprietatem, non ignorans (ita ponendum est) illam alii sub conditione esse relictam. Non ignorat, per emptionem proprietatis, usumfructum interire; Conditio existens non rescindit venditionem. Ejus obligatio inter emptorem & venditorem manet. *l.* 16. §. 1. *d. Contrah. empt.* Consequenter etiam manet ejus effectus, qui est Consolidatio ususfructus cum proprietate, quæ vere fuit acquisita, dum pependit conditio. Et hujus existentia facit ut res occupetur, qualis est consolidata, pleno dominio. Idque est, quod Azo ad *h. l.* ait; In *d. l.* 57. *& l.* 35. rem auferri, ex causâ, quæ fingit proprietatem nondum esse quæsitam, secus ac in specie *hujus legis:* Fructuarius emptor habet quod sibi imputet, emendo rem quam sciebat alii sub conditione legatam esse, & cujus usumfructum penes se collocatum noverat interiturum. Plane, si ignorans emisset, mihi non videtur esse dubium, quin ususfructus ei judicis officio restituendus foret, per *l.* 16. *& leg.* 17. *de Contrab. emp.* Quæ hoc melius probant, quam Mornacius inde colligit antinomiam, cum hac *l.* 17. quâ de re dixi in *Prælect. ad h. tit. n.* 2.

Paulus Lib. XIII. ad Plautium.

Si ususfructus alternis annis legetur, non posse non utendo eum amitti, quia plura sunt legata l. 28. *d. t. Quib. mod. ususfr. amitt.*

1. Hæc etiam subtilitas non modo ab usu, de quo Mornacius, sed etiam à ra-

ratione aliena videtur. Cum enim utilitas publica, servitutum quque præscriptiones, cum realium tum personalium, introduxerit; quid hæc qualitas in usufructu alternis annis aliud efficere potest, quàm quod efficit in Servitute prædiali, ubi saltem duplicato tempore fit præscriptio *l. 7. Quemadm. servit. amit?* ubi, *Si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem de itinere custoditur?* Hujus rei argumento, nos olim usi *Legem* 28. *hic propositam*, ex *d. l. 7.* explicandam arguimus, ut sensus Pauli foret, esse quasi duos usufructus, eâque proportione, duplici opus esse tempore, ad præscriptionem, & sic non posse non utendo *per constitutum tempus* amitti usumfructum.

2. Sed hoc argumentum à Servitute prædiali ad Usumfr. non admittit idem Paulus in *l. 12. de usu & usufr. leg.* ubi, *Cum usufructus alternis annis legatur*, ait, *non unum, sed plura legata sunt. Aliud est in Servitute aquæ & viæ. Viæ enim Servitus una est; quia naturâ sui habet intermissionem.* Servitutis viæ sive actus usus secundus divellitur, eoque respectu, tempus ad præscriptionem obtinendam duplicatur, cum servitus ipsa maneat una. Sed hoc in usufructu alternis annis relicto non procedit; quia non manet unus; Sed plures sunt usufructus. Secundum quam rationem & *d. l.* 28. Usufructus, alternis annis legatus, non utendo prorsus non amittetur, quod absonum & nimiæ vel forte nullius subtilitatis videtur: Difficile enim fit, rationem differentiæ hac parte inter Usumfr. & Servitutem prædialem reddere. Præsertim, cum novissimè Justinianus sanxerit; Constitutâ servitute vehendi semel in quinquennio, huic juri xx. annis præscribi *l. pen. C. de Servit.* ipsumque usumfructum amitti, per eandem præscriptionem, quâ Dominium amittitur *l. pen. C. de Usufr.*

3. Omnibus exactis magis est ut Paulum hoc posteriore sensu intellectum, defendere oporteat, ut rectè dixerit, usumfructum alternis legatum nulla omnino præscriptione tolli; Sed Usumfr. illum esse instar annui legati, de quo proditum est, tot esse legata, quot sunt anni *l. 4. d. Ann. legat.* totidemque præscriptiones *l. cum notiss. §. fin. C. de Præscript. 30. ann.* Ita, ut annuo legato ipsi non præscribatur; sed pensionibus præteriti temporis, in singulis annis seorsim computatis. Quod huic Annui Legati naturæ Usumfructum alternis relictum, potius quam Servituti prædiali comparaverint Jurisconsulti, non meretur Censuram, sed rei naturæ bene convenit; nec quominus ita observetur, ubi secus non est statutum vel moribus receptum, quicquam obstare videtur. Videsis Busium *ad h. l.* 28. & confer cum *Prælect. ad h. t.* Non semper id æque clare perspectum habuimus.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabin.

Pomponius quærit; Si fundum à me Proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Sejo, non deducto usufructu; an usumfructum per emptorem retineam, & ait, Licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfr. amitti: quia non meo, sed suo fruitus est emptor. Teneri planè mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse. Quanquam si à me conductum usumfr. quis alii locaverit, retinetur usufructus. Sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicen-

dicendum, amitti: Non enim meo nomine fruitur colonus. l. 29. in pr. Quib. mod. Ususfr. amitt.

1. Si verba legis hujus per se consideres, quid hoc rei? Ego sum fructuarius, tu dominus ejusdem fundi. Hunc ego locare possum cuivis, etiam tibi, nec tu plus quam conductores, quod ad usumfr. attinet, *l. 12. in pr. l. 38. d. Usufr.* Tu conductor eum fundum alii vendis, non deducto usufructu. Hoc tuo facto, meum jus perit? Quid absurdius, ut dominus conductor meum jus in Re, suo facto mihi adimat invito! Sed hæc absurdi species evanescit, ubi ad præcedentia respexeris, quæ agunt de præscriptione ususfructus. Non amittitur Ususfructus, nisi non utendo per tempus à lege præscriptum, ab eo, cui dominus proprietatis, qui rem à fructuario conduxit, eam vendidit. Hic enim à domino rem nactus, per emptionem habet justum titulum, bonam fidem, nullum vitium furti aut violentiæ, possessionem continuam, tempus legitimum, omnia requisita Usucapionis.

2. At ne sic quidem Autumnus acquiescit; Refragatur enim Juris ratio, inquit, quâ Venulejus ait, *neque impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat l. 52. d. Acquir.* cujus textus Florentina lectio diversum edit sensum, & magis *huic l. 29.* convenientem; *Namque impediri possessionem, & computari*, pro *amputari*, habet. Sed demus Autumno lectionem suam, de quâ forsitan in loco; demus & hoc, quod usufructuarius, alio possidente, jus suum non amittat, incontinenti; nec enim ibi de usucapione agitur. Si tamen Tertius rem à vero domino, ut *supra* factum, acceperit, animoque dominii per tempus legitimum possederit, hæc verba non faciunt, ne ususfructus amittatur. Instat Autumnus; non amisit fructuarius possessionem, nam retinere animo possessionem possumus §. 5. *I. de Interdict.* Scilicet, si non relinquendæ possessionis animo quis, sed postea reversurus inde decesserit, etsi alius interea fundum occupaverit; quamdiu enim id is qui recessit, ignorat, animo retinet possessionem *l.* 3. §. 8. *l.* 6. §. 1. *l.* 45. *Acquir. poss.* Hoc ita, si non per actum ejus, qui nostro nomine erat in possessione, translata sit in alium possessio *d. l.* 3. §. 3. ubi lege sis, *tradiderint.* Nam si cui possessor rem commodavit vel pignori dedit, vel deposuit, is eandem rem alii tradiderit, primus eam possidere desinit *l.* 3. §. *qui pignori* 4. *d. Usurpat. & usucap.* Multo magis, per conductorem, qui simul ipse dominus rei erat, Fructuarius amittet possessionem, ut in *hac l.* 29. Si modo verè ipsoque eventu Traditio perpetrata sit: Nam si conductor rem vendiderit quidem, sed actu traditionis nullo interveniente, fundum incontinenti ab emptore conduxerit, hujus modi occultâ fraude non mutatur possessio *l.* 32. §. 1. *d. Acquir. possess.*

3. Et hoc quidem hactenus; si dominus usufructu conducto, rem alii vendiderit & tradiderit, isque justo tempore eam possederit, usumfructum amitti, non malè se habet. Quod si is qui rem conduxit à fructuario, illam alii locaverit, utcunque suo nomine, possessio non mutatur, nec usucapio, cujus etiam titulus deficit, hoc casu procedit, ut est in *h. l.* Sed pone; Proprietarium, ut antea, rem ab usufructuario conduxisse, eandemque rem alii, suo nomine relocasse, an heic amittetur ususfructus? Ita Ulpianus adfirmat, *in fine textus supra scripti.*

 Quis

Quis igitur illum acquirit? Conductor dominus, an conductor secundus? Neuter habet animum vel titulum acquirendi rem conductam, ideoque nec usucapere vel præscribere potest *l.* 2. *C. de Præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* Tamen hoc ita scriptum est, ut *supra* posuimus; *Sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum, amitti: non enim meo nomine fruitur colonus.* Quid tum? inquam, fruitur nomine proprietarii & is nomine fructuarii, à quo conduxit: Ac ita mediatè alieno ministerio fructuarius retinet possessionem, nec ulla præscribendi facultas *d. l.* 2. Hujus rei fateor, me rationem non intelligere, nisi in his ultimis verbis Proprietarius rem non conduxerit à fructuario: sed aliunde nactus possessionem contenderit aut putaverit usumfructum, sive plenum dominium ad se pertinere, licet revera ususfructus sit alterius; Interea, si rem suo nomine & opinione pleni juris tertio locaverit, Usufructuarius verus non utendo jus suum amittere potest. Hanc interpretationem, quæ & est Accursii, verba non respuunt; contextus ita cum præcedentibus habet aliquid inexpectati vel subiti, quod tamen, quomodo adhuc est, admittendum videtur. Faber eum sensum repudiat, & vult, conductorem secundum, si à proprietario rem suo nomine locante conduxerit, usufructuario jus suum intervertere. Quod per ea quæ dixi, non habet rationem; hoc Faber adstruit contra, vel dicta refellit.

4. Cæterum, huic Theoriæ non esse locum hodie, monet Autumnus, eo quod Justinianus in *l. ult. C. de Acquir. possess.* sustulerit hoc jus, quo servi, Procuratores, coloni, inquilini, vel quicunque alius est in possessione pro nobis, suo facto possessionem in alium transferre queant: Quo fiat, ut superior disputatio de nihilo sit. Reprehendit autem Cujacium, quod is legem *Pomponius* supra scriptam explicans, ejus mutationis per *d. l. ult.* introductæ non meminerit; eoque nomine sibi magnifice plaudit, ut *in Prælect. ad h. tit. n.* 3. adnotavimus. Verùm Cujacius non per oblivionem, sed ratione sua ductus non meminit *d. l. ult.* quoniam est in hac sententiâ, cujus etiam est Donellus *in lib.* 5. *Comment. c.* 12. *verf. his modis.* Anton. Faber *dec.* 4. *Err.* 2. *& seqq.* & Wissembachius *ad tit. ff. de Acquir. poss. th.* 21. Constitutionem *d. l. ult.* non pertinere ad actus tradendi, cum præviâ causâ, ab his qui erant in possessione, celebratos; sed ad derelictiones negligentiâ vel dolo factas, quam sententiam sequuta est suprema Frisiorum Curia apud Sandium *lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 1. utcunque Sandius ipse pro diversâ fuerit interpretatione, quæ communior est Doctoribus, quam hic Autumnus, ut unicam proponit, in quâ nos etiam substitimus, cum *ad h. tit. n.* 3. tum *ad tit. de Acquir. poss. n.* 6.

5. Utra verior sit opinio, è verbis *d. l. ult.* oportet, colligatur; *Definimus*, ait Justinianus, *ut sive servus, sive Procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis, possidere corporaliter, nactam possessionem, cujuscunque rei, dereliquerit, vel alii prodiderit, desidiâ forte vel dolo, ut locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere; nihil penitus domino præjudicii generetur, ne ex alienâ malignitate alienum damnum emergat.* Τὸ κρινόμενον hujus Quæstionis vertitur in significatione vocis, *prodiderit*, per quam Cujacius & Donellus negant intelligi traditionem. Sandius etiam proditionem fieri posse per traditionem, probat è Sallustio; nec id dubium est: non magis, quam quod

pro-

prodere sæpe etiam nihil aliud, quam dolo amittere & derelinquere significat, ut his in *l. ult. pr. & fin. d. Custod. & exhib. reor.* accipitur: Ambigua vox igitur in se, determinari debet è contextu. Pro Cujacio & Donello facit, quod *τὸ prodiderit* explicetur verbis sequentibus, *desidia forte vel dolo*, quæ verba traditioni, datâ operâ institutæ non conveniunt, utique nec *desidiâ*; Item per ea quæ sequuntur; *ut locus aperiatur alii*; quæ in derelictionem fraudulentam optimè, non æque in traditionem conveniunt. Pro communi sententiâ facit, I. quod cum vox *prodiderit*, etiam traditionem contineat, hic in latiore sensu accipienda sit, propter utilitatem publicam, cui hæc constitutio servit, ut perfidiæ rationes coarctentur. II. Derelictio suum habet vocabulum peculiare; à quo consequenter *τὸ prodiderit*, diverso sensu oportet, accipiatur. Hoc & si quid aliud occurrat, Lectoris judicio rem committet. Illud civile videtur, In dubio communem ac utiliorem præferre sententiam, quæ est eadem, quam sequuti sumus antehac & quam Sandius laudat.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Sabin.

Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo, apud Julianum, Labeonis & Nervæ sententiam probat, existimantium, servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum; ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire & agere, teneri ei, quasi non patiatur, uti frui l. I. in pr. Si usufr. Pet.

I. Autumnus *ad h. l. in fine.* Sæpe in hoc sunt *Juris-consulti*, *ut non tam id quod dicerent sensisse, quam exercere ingenia, materiæ difficultate voluisse videantur.* Ut mirum non sit, eos in disceptatione meræ subtilitatis convenire non potuisse. Videlicet, Autumnus ille textus recenset in hac ipsâ re contrarios; Cum hac lege tradit idem *l. 5. §. 1. vers. nam et h. t.* quæ lex etiam est Ulpiani. Idem ex sententia Juliani, contra scribit, *in διαμέτρῳ*, usufructuario jus esse vindicandarum servitutum *in l. un. §. 5. d. Remiss.* De conciliatione horuum textuum, quæ res non est hujus instituti, diximus *in Prælect. ad h. t. n. 2.* quæ tamen in eo desinere videtur, quod illa veterum disputatio, quam Vultejus & Wissembachius noster antinomiam reliquisse volunt in Pandectis, de lanâ caprinâ, quod ajunt, fuerit, cum res secundum utramque visionem sit eadem: Nam per vindicationem ususfructus, reverâ fieri vindicationem servitutis. Quando quis enim fructuarium per agrum vicinum ire agere prohibet, hic usumfructum vidicando idem consequitur, ac si Servitutem vindicaret, adigitque vicinum, ut ire agere se patiatur, quod est vindicare servitutem, idque ita rotunde collocatur *in d. l. un. §. 4.* Proinde, si hæc unum idemque sunt, cur tam varia loquuntur, cur ubi in re nihil est differentiæ, disputandi materiam præferunt veteres & ad posteros propagant, ut hi aliter quam antinomiam fatendo expediri se non posse putent? Quid est tricas nectere & difficiles habere nugas, si hoc non est?

2. Dabimus operam, ut probemus, nullam esse reprehensionis causam. Magna pars Artis Juridicæ est in Actionum doctrina & accurata distinctione, quas

secundum principia Juris exacte discernere & ordinare, veteres inprimis debebant, ne *formulâ exciderent* Actores, hoc est, ne diversam agendi formulam eligentes instantiam amitterent, damnoque litis, quâ de re alibi dictum, mulctarentur. Usufructuarius impeditur ire agere per fundum vicinum, jure servitutis, prædio, cujus usumfructum habet, competentis. Vult igitur agere Confessoriâ servitutis, hoc modo; *Ajo meo prædio competere jus eundi agendi per tuum fundum, & contendo, ut id mihi liceat, tuque ad eam patientiam condemneris.* Sed monent JurisCti, sic eum agere non posse; soli domino, cui jus est acquirendi & vindicandi servitutem soli, sic agere licere. Quomodo igitur fructuarius aget? Vindicabit usumfr. sibi jure suo competentem, hoc modo; *Ajo mihi esse jus utendi fruendi hoc prædio, & sic etiam servitutem eundi agendi, quæ huic prædio competit, in tuum fundum libere exercendi. Quod cum à te mihi impediatur, usumfructum meum turbas: idque ne facias ut condemneris, meque per tuum fundum ire agere finas rogo & contendo:* Hæ formulæ ad eundem effectum ducunt, neque tamen toto genere non differunt. Quin etsi his diebus formularum exactitudo tam rigide non servetur, hoc tamen discrimen in ipsa actionum naturâ principioque fundatum, in ipso Foro nullo modo negligi, aut aliter habere se posse crediderim.

3. Quur igitur hoc ipsum non servant ubique discrimen Juris auctores, sed aliter aliterque loquentes antinomiæ speciem Interpretibus objiciunt? In toto Jure, cujus disciplina popularis & simul erudita est, animadvertendum, aliter instituere Juris-Consultos, ubi ex professo de aliquâ re aiunt; aliter, ubi tantum referunt, quod ad alios locos pertinet. In sede cujusque materiæ loquuntur ex Arte & accuratè, In alienis locis pinguius & rotundius. In hoc titulo agitur de Actione Confessoriâ, rectè à Fructuario instituendâ; dant operam, ut modus agendi propriè & accurate exponatur. In *l. un.* §.4. *ff. de Remission.* non utuntur eâdem accuratione, quoniam ibi non agitur de actione confessoriâ, sed de operis novi nunciatione, quæ datur his, qui habent dominium, aut servitutem, ac utriusque vindicationem. Placet etiam fructuario dare nunciationem; quia potest vindicare servitutem; reipsâ & in eventu; etsi formula vindicationis utatur, non servituti, sed usuifructui accommodatâ. Quâ de re in hoc loco argutari, non erat necessitatis & ne usus quidem. Hæc juncta iis quæ in *Prælect. ad h. t. n.* 2. traduntur, nihil scrupuli Censuræve superesse patiuntur.

Julianus Lib. xxxv. Digestor.

Fundus, detracto usufructu, legatus est Titio, & ejusdem fundi ususfructus Sempronio, sub conditione: Dixi interim cum proprietate usumfructum esse; licet placeat, cum detracto usufructu, fundus legatur, apud heredem usumfr. esse, quia Paterf. cum detracto usufr. fundum legat, & alii usumfructum, sub conditione, non hoc agit, ut apud heredem ususfructus remaneat l. 4. *Si Ususfr. Pet.*

1. Quod dicit hic Julianus, id non probat Autumnus, Vir, qui injuriam sibi fieri putat *ab invidis, quod anteponunt suis scripta ab aliis*, ut loquitur ad *l.* 29. *Quib. mod. Ususfr. amitt.* Naturalis ratio, *inquit*, auctoritate Juliani mutari non potest;

poteſt. Ex propoſita ſpecie apparet, Teſtatorem ſejunxiſſe à proprietate uſumfructum: Qui fieri poteſt igitur, ut Uſusfructus interim ſit cum proprietate, contra voluntatem Teſtatoris? Hactenus ille. Diſerte contra quam Julianus, qui negat, Teſtatorem id egiſſe, quod adſerit Autumnus. Hic autem ſi non patitur, auctoritatem Juliani Juſtiniano laudatam, à nobis ſuæ præferri, utriusque rationem conſideremus. Autumnus ait ita; Teſtator duas facit diſpoſitiones, unam de proprietate fundi, quem reliquit Titio, alteram de Uſufructu, quem legavit Sempronio; ſi Conſul fieret. Ubi interim, pendente conditione, id eſt, antequam Conſul fieret, Uſusfructus foret, non dixit quidem; Sed intelligendum reliquit, inde; quod apud heredem maneat, quicquid *ab eo* non legavit, hoc eſt, alii præſtare non juſſit. Uſumfructum ante conditionem exiſtentem, ab herede non alienavit, nec ulli legavit. Ergo is interim eſt apud heredem: Legatum eſt *delibatio hereditatis, quâ Teſtator ex eo, quod univerſum heredis foret, alicui quid collatum velit. l. 116. in pr. d. Legat.* 1. Quicquid igitur nulli collatum, quicquid de hereditate non eſt delibatum, id heredis eſt, ac apud heredem manet. Atqui ſic eſt in Uſufructu ſub conditione legato, antequam exiſtat conditio. Ita pro Autumno, qui ſuam collectionem vocat naturalem.

2. Audiamus viciſſim pro Juliano. Fatetur ille, quando Teſtator fundum alicui, detracto uſufructu, legavit, uſumfructum manere apud heredem, vi regulæ ſupra eductæ ex *l. 116. pr. d. leg.* 1. & expreſſæ voluntatis defuncti. Sed cum detracto uſufructu, fundum alii legat, & uſumfructum ſub conditione Tertio, tum integrum fundum, id eſt, tam proprietatem quam uſumfructum ab herede alienat. Uſusfructus eſt naturaliter illic, ubi fundus eſt, niſi diſerte ab eo ſeparetur. Si conditio uſusfructus deficiat, erit apud legatarium, cui fundus eſt legatus, ut nemo negat. Quamdiu non exiſtit conditio, perinde eſt tantiſper, ac ſi defeciſſet, ultroque uſusfructus ſitum novit Teſtator, cujus ideo voluntati id eſt conſentaneum, ut, qui fundum habet deducto uſufructu, qui ſub conditione legatus eſt Tertio, conditionem ante, illum habeat. Neque hoc ſubtilitati Artis eſt imputandum; ſed evidenti rerum naturæ, quâ ſic comparatum eſt, ut fructus naturaliter eſſe velit & debeat eſſe illic, ubi fundus eſt corporaliter. Ideoque Julianus eam rationem, ex naturali conſtitutione rerum à Teſtatore ſervatam ſecutus, non dicendus eſt mutaſſe rationem, ut Autumnus ait, naturalem.

3. Sed Autumnus Ulpianum ſecus ſentire ſcribit, in *l. 16. Quib. mod. Uſusfr. amitt.* Ubi, Si ſub conditione mihi legatus ſit uſusfructus, medioque tempore ſit penes heredem, poteſt heres uſumfructum alii legare. Tam valide, argumentatur Autumnus, eſt penes heredem uſusfructus ſub conditione relictus, ut interim alii quoque legari poſſit. At hoc ne Julianum quidem negaturum exiſtimo; ſi fundus ipſe non fuerit legatus Tertio, quâ in re totum hujus rei momentum conſiſtit; quemadmodum nihil ejuſmodi eſt *in d. l. 16.* Eadem reſponſio eſt ad regulam Juris, quam prædicat; Res quæ ſub conditione legatæ ſunt, interim heredis eſſe, deficiente vero conditione, ad eos pertinere, quibus relictæ ſunt. Id enim ultro etiam hac in re conceſſimus, Uſumfructum ſub conditione legatum, eâ pendente, penes heredem eſſe, quando fundus ipſe, à quo Uſusfructus ille ſeparatus eſt,

est, Tertio non fuit legatus. Est ignoratio elenchi, quam vocant in Scholis, Autumno haudquaquam insolens.

Justinianus Augustus.

Minus autem juris est in usu quam in Usufructu: Nam is qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur. §. 4. *Inst. de Usu & Habit.*

1. Falsum esse quod Justinianus refert & antiquatum ac improbatum, pro vero & justo & observando tradere, constat ex *l.* 12. §. 1. *d. Usu & Habit.* ubi hæc quidem Nervæ sententia, quam refert Justinianus habetur; Sed prævaluisse Cassii, Sabini, Labeonis & Proculi sententiam testatur ibi Ulpianus; qui usuarium, etiam de cæteris rebus, quæ in fundo nascuntur, sumere posse statuerunt. Qua in re male imbui Auditores Institutionum & contra quam Cæsar in Proœm. Inst. promisit, objiciunt illi Censores. Quid ego? An Justinianum hic improbatam Nervæ sententiam renovasse & confirmasse dicemus? Non videtur. Sed fateamur quod res est, non plene descriptum esse locum Ulpiani *ex lib.* XVII. *ad Sabinum*, unde supplendus est hic versus; quemadmodum ipse Justinianus sæpe nos ad latiores Pandectarum libros ablegat. Est peccatum omissionis, non commissionis, cujusmodi quis non aliquando committit? ut adeo censorio non opus sit adducto supercilio; etsi nihil esse non excusandum negare non est integrum.

Idem Augustus.

Sed & si pecorum vel Ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur Usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane, ad stercorandum agrum suum, pecoribus uti potest §. 4. *Inst. de Usu & Habit.*

Bis in eodem luto; est deforme. Locus hic etiam est descriptus è *d. l.* 12. §. 2. *h. t.* ubi adjectum est *Hoc amplius, etiam modico lacte utendum* Puto: *neque enim tam strictè interpretandæ sunt voluntates defunctorum.* Adde, tam putide; ut nihil quam *stercus* usuario relictum voluerit Testator: Est eadem responsio quæ fuit *superius ad* §. 1. *h. t.* Cæterum, Τὸ *Vel* in *pr. h.* §. non est alter nativum, sed exegeticum; pro, *verbi gratia*; οἷον Theophilus; *putà* Ulpianus *d. l.* 12. §. 2. Nec opus esse videtur, ut lectionem mutemus, pro vel, emendamus, *veluti*. Si quis ita malit, à re ipsa non aberrabit.

Gajus Lib. 2. de librali causa, Edicti Urbanici.

Fructus hominis in operis consistit, & retro in fructu hominis operæ sunt l. 4. *in pr. d. Operis servor.*

Teren-

Terentius Clemens Lib. XVIII. ad Leg. Juliam & Papiam.

Operis servi legatis, Usum datum intelligi, & ego didici, & Julianus existimat. l. 5. eod.

1. Contradictio in adjecto, quam vocant in Scholâ. Duo textus juxta se positi, Fructum & Usum, quæ sunt oppositæ species, simul de Operis servorum prædicant. Quod nimis est deforme, quam ut hic omittendum sit, etsi antinomias alioquin ut sæpe diximus, non facimus nostras. Sunt, qui ad hanc contradictionem tollendam, in *l.* 3. pro *Usum* legunt *usumfructum*, Govean. 1. *lect.* 7. Becmann. *ad h. t.* Alii inter Fructum & Usumfructum distinguunt, nec operas esse plenum Usumfructum, sed ejus partem volunt, Busius ad *h. t.* Sed in *l.* 3. habetur, operas esse in usufructu, easque res promiscue accipi passim liquet. *l.* 14. §. 1. *de Usu & Habit.* Nos è collatione *l.* 1. §. 9. *ad L. Falcid.* ubi scriptum est, operas nec usum esse nec usumfructum, accurate loquendo, illas esse jus medium inter usum & usumfructum putavimus; plus enim continent, quam Usus, quia non ad solam necessitatem, sed ad emolumentum etiam comparatæ sunt: Minus vero quam ususfructus sunt, quia non omne emolumentum è servo, sed tantum ex operis præstant. Sic, cum proprie sint neutrum jus, improprie sunt utrumvis, quia non visum est, tertiam inde servitutem constituere personalem. Diximus in *Prælect. ad Inst. de Usu & Habit. n.* 4.

Paulus Lib. XVII. ad Sabin.

Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si Usus, quæritur, & effectu quidem idem pene esse legatum Usus & Habitationis & Papinianus consensit lib. XVIII. *Quæstion. Denique, donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas & Usuarius. Ad heredem tamen nec ipsa transit: nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione l.* 10. *in pr. d. Usu & Habit.*

1. Hic inanes Juris Romani subtilitates non arguere Autumnum, Groenewegium aliosque Censores mirari liceat. In Fori peristyliis, vel ad columnam consultoriam, ut Mornacius loquitur, Illud discrimen habitationis vel ususfructus & Usus ædium, hodie quidem in tritura usuque rerum animadvertere non licet; quemadmodum & ipso jure civili, vix aliud quam in subtilitate discrimen, quod hic commemoratur, remansit, ac oritur inde, quod habitatio quasi in facto consistit, quod esse imaginarium quis non videt? *l. pen. in fin. d. Cap. Minut.* Quin & usus ædium ab Usufructu differentia tam in arctum redacta est, ut nihil aliud superfit, quam quod usuarius aliquam ædium particulam incolere debeat, si Locare velit domum *l.* 2. §. *ult. h. t.* Imo prorsus inter Usumfructum & Usum quis hodie discrimen observat? Mihi nullum sane vel experiundo, vel fando alieno, unquam oblatum est exemplum. Quid ita, numquid hac de re Statutis Gentium aut moribus innovatum? Nec id usquam audire, legere mihi contigit. Res in iisdem terminis,

minis, qui Romano jure fixi sunt, comprehenditur; Sed non habet civilem in rerum experientiâ, facultatem. Quid enim, si cui Patrifamilias in mentem veniat, uni Fructum vel Habitationem ædium, alteri usum legare? Quomodo inter se convenirent de modo necessitatis, quinam inter illam & emolumentum forent limites? Credo, judex aditus ab Usufructuario, cum querelâ, quod Usuarius, non *ut oportet, utatur*; Usuario injunget; *utatur, ut debet*, id est, ad capras sylvestres mitteret, quemadmodum talis sententia profertur in *l.* 22. §. *ult. h. t.* de quâ tamen *infra* videbimus. Non posset fieri, quin & excessus quotidiani collisionem adferrent infinitam, aut in pecuniariam transactionem, Servitute Usus abolitâ, desituram.

2. Hæc est objectio, cujus factum, de quo jam diximus, ad *fin. tit. Inst. de Usu & Habit.* negari non potest. Sed Juri Romano imputari non debet, quod homines jura parum sibi utilia receperint. Si apud veteres Usus & Habitatio non habuissent distinctam ab Usufructu conformationem, Conditores Artis illam æque præteriissent, ac his diebus ignorantur: Etsi quominus Paterfamilias ejusmodi jus, si quidem Usufructu, ut fit, contentus non sit, instituere possit, nihil adhucdum obstat; Quanquam in usu minus commodum & expeditum foret limitare, discrimen usus ab usufructu.

3. Postremo, voculam TAMEN *in fine hujus loci suprascripti*, trajiciendam esse, ut legatur hoc modo; *Ad heredem nec ipsa transit. Nec tamen cap. dim. &c.* acute animadvertit & monuit *Gerardus Noodt* Vir Cl. *lib.* 3. *Probabil. c.* 7.

Ulpianus Lib. XVII. ad Sabin.

Usufructus, an Fructus legetur, nihil interest: nam fructui & Usus inest: Usui fructus deest. Et fructus quidem sine usu esse non potest: Usus sine fructu potest. Denique, si tibi fructus, deducto usu, legatus sit, inutile esse Legatum, Pomponius lib. 5. ad Sabinum scribit. Et si forte usufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum, scribit. Sed si fructus sine Usu, videri constitutum, qui ab initio constitui potest. Sed si fructu legato, Usus adimatur, Aristo scribit, nullam esse ademptionem, quæ sententia benignior est l. 14. §. 1. *d. Usu & Habit.*

Eâdem Lege §. ult.

Poterit autem apud alium esse Usus, apud alium Fructus sine Usu; apud alium proprietas &c.

1. In his locis ex eâdem lege desumptis, non minor apparet contradictio, quam inter *l.* 4. *&* 5. *d. Oper.* Primò enim sic *in* §. 1. situm est; Fructus sine usu esse non potest. In §. *ult.* Fructus penes unum, Usus apud alterum esse potest. Idem Ulpianus in *l.* 5. §. 1. *Quemadm. Usufructuar. caveat*, diserte, Fructum sine usu existere posse scribit. De quibus locis Budæus ad *l. ult. d. Ædil. Ed. Non video,*

deo, inquit, *hæc dicta quomodo dissidere nonpossint: Et quo magis mireris*; *Ulpianus utrobique loquitur.* Quod meritò mirum videatur, præsertim in eodem libro; nam etiam lex v. est è libro 79. *ad Edictum*, maxime vero mirum est inquam, in unâ eâdemque lege, talem extare contradictionem. Sed facilior est Budæus in digressionibus ad Leges humanioribus, quam in nodis mere legalibus solvendis. Hæc res ita se habet; Ususfructus naturaliter in se continet usum. Ideoque simpliciter constitutus, sine Usu intelligi non potest; cum qui plus habet, quod minus est, per se habet. Verum, si Dominus omnino velit uni concedere usum ad necessitatem, alteri Fructum ad reliquum emolumentum, nihil impedimento est. Dabo simile. Qui habet Actum, etiam habet Iter, ut minus inest majori, nec Actus simpliciter constitutus sine Itinere esse potest *pr. l. de Servit.* Quod si diserte Actus ita constituatur, ne Iter illi insit, potest ab eo separari *l.* 4. §. 1. *Si Servit. Vind.*

2. Secundum hæc dicendum esset, Usumfructum etiam sine usu, vel deducto usu legari posse. Verum hac in re mire perplexatur & sibi contradicere videtur Ulpianus. Nam, *si tibi fructus, deducto usu, legatus sit, inutile esse legatum* scribit è Pomponio. Cur ita? Quando Testator uni legat Usum, alteri fructum, tertio proprietatem, ut in §. *ult. h.* nonne tunc apud Secundum est Fructus sine usu, & deducto Usufructu penes primum solus Usus? Quid autem hoc? *Sed si fructus sine usu*; *videri constitutum, qui & ab initio constitui potest.* Quid refert *sine usu*, an *deducto usu*, fructus legetur, ut priore casu valeat, posteriore non valeat legatum? Gotofredus verba *sine usu* ita accipit, *nullâ mentione usus factâ*; contra literam & contextum & exemplum prius in eodem textu, ubi *fructus sine usu*, est idem quod separatus ab Usu: præter quod inter tot argutias ille sensus ineptè esset indubitatus. Basilici totam hanc periodum, *si tibi fructus, deducto usu, legatus sit, inutile esse legatum*, Item hanc; *Sed si fructus sine usu, videri constitutum, qui & ab initio constitui potest*, omittunt. Imitati Interpretes Veterum recentiores maxime Gallos, qui antiquos auctores in vernaculum suum transferentes quæ non intelligunt aut minus probant, ea prætervehuntur. Nec foret non facilior hoc modo sensus. Græci Videntur etiam, per Fructum & Usum non intelligere distinctas servitutes, sed Fructum, materiam, & per usum intelligunt exercitium ususfructus; quemadmodum Interpres Græcus, τῶν καρπῶν συγκομιδὴν, *collectionem fructuum.* Sed hæc interpretatio, præter quod est contra Rubricam & totius *nigri* usum, non solvit etiam ænigmata textus, ut liquet recensenti.

3. Videamus, an Ulpianum Florentinæ lectionis sibi & rei naturæ congruentem exhibere possimus. Ait Ulpianus: *Ususfructus, an fructus legetur, nihil interest: nam fructui & Usus inest.* Ususfructus naturaliter comprehendit Usum, ut numerus Quinus Binum, Binus inest quino. Porro; *Usui fructus deest.* Si paterfamilias ab initio usum nudum, id est, ad necessitatem constituit, deerit ei fructus, sive, emolumentum: *Et, fructus quidem sine usu esse non potest*, simpliciter constitutus scilicet. *Usus sine fructu potest:* Quando Testator expresse uni legat usum nudum. *Denique, si tibi fructus, deducto usu, legatus sit, inutile esse legatum*; quà tale scilicet, *deducto usu:* quia, si ususfructus legetur, nec usus

alteri, Fructus necessario continet Usum, ac ita legatum deducto usufr. hactenus irritum est. Quod hæc verba, *inutile esse legatum*, non de legato ususfructus in concreto, sed de adjectione, *deducto usufr.* accipienda sint, patet etiam è sequentibus. *Et si forte usufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum.* Prius *non totum* erat inutile; hic vero totum inutile fit legatum, quia fructu ademto, ususfructus ademptus est; nec enim differunt, ut jam posuerat. Sequitur, *Sed si fructus sine usu, videri constitutum, qui & ab initio constitui potest.* Si abesse vel mutari non potest hoc colon, sensus erit hic opinor; Fructum alicui, sine usu legatum, perinde esse, ac si relictus esset, *deducto usu*, quod *ita* non valere dixerat, salvo Fructus legato perinde ac si usus non esset deductus; ac ita se habere, quemadmodum Fructus simpliciter ab initio constituitur. Unde, si quid mutandum esset, ita legerem; *Sed si fructus sine usu, FRUCTUM* (non usum, ut Faber) *videri constitutum.* Sed non opus est crisi, cum proxime præcedens *fructus* ultro intelligatur. Hinc etiam ultro patet sensus ultimorum verborum, alioqui non minus perplexus. *Sed si fructu legato, usus adimatur, Aristo scribit, nullam esse ademptionem.* Est eadem objectio. Cur, si Usus seorsim à Fructu legari queat, idem adimi non possit de fructu? Potest equidem Testator id agere, si velit, ut uni Fructum, alteri usum, diversis personis leget. Sed fructus simpliciter uni relictus, necessario continet usum, inquam. Si enim Usus deducatur, vel Fructus sine usu relinquatur, aut Usus adimatur de Fructu, qui tamen alteri non est relictus, quid de illo fiet? Ut penes proprietarium sit nudus usus sine Fructu, non habet facultatem; ideoque Testator implicat se, usum adimendo vel deducendo de fructu, nec tamen illum Usum certæ personæ seorsim relinquendo. Res ita à naturâ negotii, verbis licet absque civili sensu reluctantibus, in irritum cederet, quod fieri non debere docet. Hæc velim addantur iis, quæ in *part. 2. Digress. lib. 2. c. 16.* ad hunc ipsum ipsum locum & difficultates inde resultantes, collocavimus.

Pomponius Lib. v. ad Quint. Mucium.

Divus Hadrianus, cum quibusdam usus sylvæ legatus esset, statuit, fructum quoque eis legatum videri, quia, nisi liceret legatariis cædere Sylvam, & vendere, quemadmodum Usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato l. 22. in pr. d. Usu & Habit.

1. Ususfructus & usus ita sunt distinctæ Servitutum species, ut tamen, sicut in materiâ *contingentium* rerum accidit, in iisdem rebus coincidere possint; quemadmodum de pecuniâ rebusque aliis in abusu consistentibus proditum est in *l. 10. §. 1. d. Usufr. ear. rer. quæ usu consum.* Illis enim rebus uti non possumus, quin iisdem abutamur, & tantundem vel æstimationem reddamus, quod, sive Usus, sive Ususfructus relinquatur, eodem modo se habet, nec aliter esse potest. In sylva cur idem dicendum, quod hic Hadrianus statuisse dicitur, ratio non apparet: imò rei natura secus indicare videtur, idque ex iis esse, quæ minus cum ratione conveniant in Jure nostro, visum est non paucis: Et est difficilioris quam plerique

raque

itaque Autumniana & Groenewegiana, explicationis. Nam usus est ad necessitatem Patrisfamilias, Fructus ad reliquum emolumentum; quid vetat in sylva discrimen hoc servari? ut is qui usum habet, inde quantum sibi opus est cædat; qui usumfructum habet, is etiam vendat, quod ipse consumere non potest? Ajunt Interpretes, ita visum esse, propter exilem sylvæ utilitatem, si vendere non liceat Usuario, quod cæsum est: hoc etiam est in textu. Verum si usus fundi olim nihil tribuerit usuario, quàm ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis ad usum quotidianum uteretur, §. 3. *l. de Usu & Habit.* etsi id postea ampliatum est; imo si usus pecudum nihil quam stercus, nihil de lacte, de lanâ, de fœtibus ei tribuerit §. 4. *eod. tit.* si hæc olim de usu non visa sunt aliena ab usu, non potest adeo in sylvâ contemtibile videri, quod Paterfamilias ad usum foci & domus suæ toto anno ligna gratis cædere possit.

2. Dicendum igitur, hic non tradi doctrinam de sylvis generalem; sed hypothesi, de quâ rescripsit Hadrianus, peculiarem, quemadmodum Imperatorum rescripta, fere ad singulares factorum species edita fuisse constat. Quoties igitur verum est, Usuarium, si ligna vendere nequeat, inde nihil aut parumper habiturum esse, toties Usu legato, Usumfructum videri legatum intelligemus. Quod Accursius non male de sylva ab habitatione Usuarii procul sita, exempli gratiâ, exposuit. Si vero necessitas Usuarii & emolumentum majus in sylva cæduâ discerni possit, quamobrem Usus ab Usufructu non sit distinguendus, nihil proferri posse videtur.

Pomponius Lib. v. ad Mucium.

Usu legato, si plus usus sit legatarius, quàm oportet, officio judicis, qui judicat, quemadmodum utatur, quid continetur? Ne aliter quam debet, utatur. d. l. 22. §. ult. d. Usu & Habit.

4. D. Antonius Matthæus in *disp. fund.* 9. cujus inscriptio est; *JurisConsulti sæpe otiosas & inertes rationes, quæque idem bis inculcant, suarum decisionum reddunt,* eò non retulit hunc locum, inter alia multa, quæ hanc notam minime merebantur. Atqui hac ratione quid ineptius? Quæritur, quid judex statuere debeat adversus Usuarium, qui aliter, quam oportet, utitur? Respondet Pomponius: Judex ita judicabit; Ne usuarius *aliter quam debet, utatur.* Nonne tantundem hoc est, ac olim Claudius, de lite sententiam rogatus, apud Suetonium respondit, secundum eos sentire se, qui vera dixissent? Quid etiam ex hac sententia, ne aliter Usuarius quam *debet*, utatur, plus habet Actor, quam fuerat id de quo conquestus erat; usuarium, non ut *oportet*, uti? Difficile dictu est, JurisConsultos, qui verborum significatione pro juris argumento callidissime usi sunt, tam ridicule ineptiisse. Facit hæc res, ut ita statuamus; Non esse ejusdem sensus hasce formulas, *ut oportet*, atque, *ut debet*. OPORTET significat, id quod æquum & bonum est. Ita Ulpianus in *l.* 71. §. 2. *d. Legat.* 1. *Ex bono & æquo servari oportebit.* Iniquum est, nec *oportet* in *l.* 39. §. *ult. d. Oper. libert.* Sed DEBET magis sumitur, pro, necesse habet. Ita Ulpianus; Qua quisque actione agere volet,

eandem edere *debet l.1. in pr. de Edend.* id est, cogitur, necesse habet *l.* 4. §. 2. *eod.* Apud eundem Ulpianum, *debet & necesse* habet, promiscuè sumuntur in *l. un. D. Apud eum, à quo appell.* Nec omninò est dubium, opinor, quin τὸ *debet*, rectè, per *necesse habet*, explicetur. Jam compara sis quæstionem & responsionem; Proprietarius queritur, usuarium, non ut oportet, uti. Judex officium imploratus, injungit usuario, ne aliter, quam *debet*, utatur, hoc est, quam *necesse habet*, sive, ne plus sumat, quam præcise ipsi ad *necessitatem* opus sit: quod est rem redigere ad naturam suam & definitionem Usus quæ est hæc, jus utendi rebus alienis *ad necessitatem* non ad emolumentem, ut ad *tit. I. de Usu* traditum est. Denique, nihil aliud potest Judex, quam hoc determinare, pro personâ, conditione familiaque usuarii, quantum ad usum ejus necessarium civiliter acceptum requiratur tantum ei, nec amplius sit jus percipiendi. Ipse usus est suo arbitratu, liberalius; Judex eum restringit, ad id quod *debet* habere, quo vivat, non quo delicietur. Voces, *oportet* & *debet*, ita semper distingui ut hic à nobis accipiuntur, non dixerim; satis est, ita posse & solere distingui, ut in dubio recipiamus eam quæ vitio caret interpretationem.

Ulpianus Lib. LXXIX. ad Edict.

Et, si habitatio, vel operæ hominis, vel cujus alterius animalis relictæ fuerint; stipulatio locum habebit, licet per omnia hæc usumfructum non imitentur. l. 5. §. *ult. Usufruct. quemadm. cav.*

1. Paulo superius habuimus locum Ulpiani à Viro Cl. levi & felici manu emendatum, in *l.* 10. *pr. d. Us. & Habit.* Non fert etiam exactissimi Vir Judicii lectionem hujus loci; Cujus sententiam aliter constare non putat, quam si ultima verba legantur, hoc modo; *Licet per omnia hæc usum fructumve non imitantur, in lib.* 3. *Probab. cap.* 8. Sed vix est, ut ejusmodi, qualis in priore loco, necessitas hunc locum urgere videatur, quò Lectionem Florentinam omniumque editionum mutemus. Verum est, habitationem operasque melius cum usu vel fructu, quam cum usufructu solo comparari. Verum hic, nisi me fallit opinio, non agitur de universâ comparatione Habitationis & Operarum, cum Usufructu vel cum Usu Fructuve; Sed occupatur objectio, contra id, quod in operis & habitatione locum etiam habeat Cautio usufructuaria; cum tamen Habitatio & operæ in omnibus cum Usufructu non conveniant. Cautio seu Stipulatio ob Usumfructum est introducta ac inde nomen habet. Producitur autem ad alias Servitutes ob utilitatem, etsi non in omnibus cum usufructu convenientes. Explicatur res ita; In operis & Habitatione locum habet Cautio usufructuaria. Opponitur: Habitatio & Operæ in omnibus cum usufructu non conveniunt. Ergo nec in stipulatione, sive cautione Usufructuaria. Negat hanc connexionem Ulpianus. Licet in omnibus cum usufructu non conveniant, tamen Stipulatio usufructuaria ad illas etiam extenditur. Ita nihil merito in Lectione receptâ desideres.

EUNO-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM VIII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Papinianus Lib. VII. Quæstion.



Ervitutes ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem; verbigratiâ, quamdiu volam; constitui possunt. Sed tamen, si hæc adjiciantur, Pacti vel per doli exceptionem occurretur, contra placita Servitutem vindicanti l. 4. d. Servitut.

1. Quorsum hæ ambages & difficiles nugæ, ut quod res & æquitas dictat aliter, adhuc tamen juris esse negetur, etsi re verâ secus obtineat? Servitutes sub conditione, vel ex tempore constitutas, aliter quam inter partes convenit, exercere non licet, verum doli exceptione qui tempus aut conditionem non servat, ad servandum compellitur: Et tamen regula Juris Servitutes sub conditione, vel ex certo tempore & ad certum tempus non posse constitui, dictat *h. l.* 4. cur aliud Usus Juris, aliud Regula Juris dictat, cum usus secundum regulas, praxis ad Theoriam conformari debeat? Hoccene disciplinæ, gravitatem publicæque utilitatis rationem adseveranti conveniat? Statuere Jus quod iniquum fatearis, & unâ manu consignare regulas æquitati adversas, alteraque easdem inducere & improbare? Satisfaciendum est objectioni tralatitiæ & latè patenti, cujus exempla toto jure diffusa sunt. Nec enim hoc loco solo fit, ut quod directe valet, aut non valet, per exceptionem à Juris auctoribus ipsis suppeditatam in contrarium vertatur. Creberrimum id ubique Juris, & dignum animadversione quod explicetur est, & hic fere primum se offert.

2. Jus Romanum ita fere conditum est, ut Respublica Romana. Post Reges expulsos, nulla certa Reipubl. forma inde ab initio constituta fuit; successu temporis,

poris, non sine multis motibus & mutationibus elaborata est. Eodem modo ars legum primo nulla fuit, ut *ad tit. de O. J.* vidimus; dein lex XII. tabularum, paucas & pro temporum instituto, rigidiores edidit regulas, quæ usu rerum & mutatione temporum hominumque, tam per Prætores, quam per Juris-Consultos, suppletæ ac emendatæ sunt. Liberi, exempli gratia, heredes Parentum inviti per Legem XII. constituti, à Prætore beneficium abstinendi acceperunt §. *Sui autem* 2. *Inst. de Hered. qualit. & diff. Aliud*, Obligatio ad tempus constitui non poterat; Juris-Consulti ut per exceptionem id liceret, effecerunt, ac ita legem interpretati sunt aut flexerunt §. *Omnis stipulatio* 2. *Inst. d. Verb. Obl.* Id genus alia passim occurrentia, longum sit hic recensere. Prætores tamen & Juris Consulti Jus à legibus constitutum, vel Legis actiones, quæ olim formulas suas acceperant, inflectere potuerunt, mutare non potuerunt. Ideo liberi adhuc heredes Patrum suorum, in quorum potestate sunt, inviti esse dicuntur; & rursus non coguntur heredes fieri, per jus Prætorium. Obligationem ad tempus non posse contrahi adhuc est regula Juris *d.* §. *Omnis*. Neque tamen ultra tempus adjectum, cum effectu quenquam obligari idem locus dictat. Eunomiæ sufficit, quod Æquitati in re ipsa & eventu satisfit, neque postulat, ut diversorum jurium fontes & progressuum causæ deleantur ex Artis memoriâ. Sua vetustati reverentia constare debet, nec inutile est scire, quid olim placuerit, quid posteritas ferendum non putaverit; modo quod novissime sedit Legibus, bonum & rectum sit. Quemadmodum, si durum sit, ad tempus vel sub conditione Servitutes constitutas diutius exerceri, quam convenerat, id per exceptionem ad placiti metas redigi, sufficit hoc, inquam, Eunomiæ; Ut, quanquam Actio ad servitutem vindicandam, contra quam placuit, datur, Exceptio tamen succurrat, siquidem nihil interest, actionem quis non habeat, an per exceptionem elidatur *l.* 112. *d. R. I.* Nec tamen ita putandum est, hanc inanem esse subtilitatem, ut idem per omnia sit effectus, utrum Servitus ipso jure non valeat, an per exceptionem elidatur. Nam exceptio non datur, nisi ei, qui pactus est ejusve heredi, non tertio possessori; Servitus autem jure constituta Tertio & cuilibet possessori prodest. Tantum igitur & amplius interest, quantum inter jus servitutis & Obligationis, de quo notabili discrimine diximus ad *Tit.* *Commun. Præd.*

3. Sed est adhuc alia quædam Censuræ species in hunc textum; quod hæc regula de Servitute sub conditione & ex tempore non constituenda, facultatem usumque non habeat civilem, sive de primo sive de secundo actu constituendi servitutem agamus. Nam actus primos, qui stipulando & promittendo, vel per Testamentum fiunt, temporis & conditionis adjectionem recipere quemadmodum omnia, quæ legantur & promittuntur non est dubium. Actus autem secundos & proximos acquirendi, veluti Patientiam usus & præscriptionem non capere terminos habiles hujus quæstionis; quia pati ut actus Servitutis instituatur, eumque longi temporis usu acquirere, nullo sensu, sub conditione vel ex certo tempore fieri potest. Diximus hac de re in *Posit. & Prælect. ad h. t. sub fin.* in eoque desiimus; Prohibitionis hujus usum consistere videri in Cessione Servitutis in Jure, quæ olim fiebat; & quæ Actus legitimus cum esset, non recipiebat diem vel conditionem *l.* 77. *d. R. I.* In adjectione vero, quæ fit ad certum

tempus,

tempus, vel usque ad certam conditionem, eadem ratio esse videtur, quæ in Obligatione, quam ad certum usque tempus ipso jure contrahi non posse, jam diximus, ex arbitraria Juris antiqui constitutione, quæ à Juris-Consultis per remedium exceptionis ad simplicitatem Juris Gentium, & Æquitatem reducta est. Atque hoc modo hic textus ab omni censura liberatur.

Paulus Lib. 25. ad Plautium.

Ut pomum decerpere liceat, & ut Spatiari, & ut Cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest. L. 8. in pr. d. Servit.

1. Si Servitus est jus alienæ rei impositum, quo dominus in gratiam alterius aliquid pati in suo vel non facere cogitur, ut est definitio; quid vetat, ejusmodi jus in fundo alieno acquirere, quo spatiari, cœnare, pomum decerpere liceat, æque ac ire, agere, aquam ducere, prospectum habere & id genus alia, quæ servitutibus continentur? Nam quod dicitur *hujus L. argumento*, non licere Servitutem constituere, voluptatis, sed tantum utilitatis causâ; si hoc verum est, quâ id ratione constat, utique si voluptas honesta sit? Si voluptatis licitæ causâ fas est ædificare, plantare, navigare, pingere, pacisci, stipulari, contrahere, ut nemo licere negat, quid prohibet, tale Jus in alieno acquirere fundo? Quid nisi arguta subtilitas? Ita sane Viris nuper doctissimis visum est, quibus ideo placuit, hujus Legis subtilitatem ipsius Romani Juris inventione sublatam esse: *Quippe*, ajunt, *etsi ab initio ita jus fuerit, ut ea servitutibus non annumerarentur, quæ tantum haberent causam voluptatis, quia prædia prædiis, propter ipsius prædii utilitatem servirent; deinde tamen hoc datum fuit consuetudini, ut ne minus ad voluptatem constitui possit servitus, quam ad usum prædii &c. Quare hæc res perinde habenda est, ac si Paulus scripsisset hoc modo, ut pomum decerpere, ut spatiari, ut cœnare in alieno liceat, Servitus quidem imponi non potest: attamen, si imponatur, utilis erit impositio; hoc enim jure utimur.*

2. Ita Viri Cll. eleganter, & quod Eunomiæ sufficiat; Esse enim talia, quæ contra subtilitatem Juris usu recepta sunt, aliter quam prius obtinuerant, innumerabilibus exemplis comprobari potest, in hac ipsâ quoque Servitutum materiâ ex *l.* 9. *d. S.R.P. &* ex iis, quæ modo ad *l.* 4. de servitutibus ex certo tempore vel ad certum tempus non constituendis, quod tamen ipsorum inventione Juris-consultorum aliter receptum est, intelleximus. An ita se res habeat in hac hypothesi, videndum. Si enim de facto hæc differentia Juris & usus, in servitutibus voluptuariis, non extet in Arte, quemadmodum de cæteris habemus expressam juris auctoritatem, aliter hujus loci philosophiæ consulendum fuerit. De præjudicio communis omnium Interpretum sententiæ; ne *Connano* quidem, etsi hic pro novâ interpretatione citatur, excepto; nihil opus est dicere; quod haud ita pridem nemo dubitaverit, quin Servitus voluptatis causâ constitui nequeat: sed lex & ratio in partes solæ veniunt. In iis quæ contra subtilitatem Juris usu recepta sunt, ita se res habet, ut subtilitate usu Juris subactâ, nulla militet æquitatis aut civilitatis ratio; sed hæc tota sit pro eo; quod Juris auctores deinde receperunt, ut

exempla superius ad *d. l.* 4. adducta demonstrant. Sed hæc regula; quod Servitus voluptatis causa constitui nequeat, minime est ex iis, quæ nullam æquitatem aut facultatem civilem habent; Est res & naturæ servitutis & utilitati publicæ convenientissima. Nam si maximè, quod ad præstandum aliquid voluptuarium alius alii se obligat, non possit reprehendi; si tamen usus rei merè voluptariæ, tanquam jus inhærens fundo, cum hoc effectu, ut adversus omnes in æternum à quolibet possessore prædii exerceri possit, stabiliatur; id nec cum utilitate publicâ, quæ minimè voluptatibus favet, nec ingenio Servitutis convenit. Est enim Servitus, qualitas prædii, ut Celsus docet, quemadmodum salubritas & fertilitas *l.* 86. *d. V. S.* ad utilitatem comparata. *l.* 15. *h. t.* Voluptas autem utilitati opponitur *l.* 3. §. 4. *d. in Rem verso.* Nec potest adficere prædium, ut in ejus qualitatem transeat, quia res est mere personalis, tam causâ, quam usu & sensu; ut ineptum absurdumque videri necesse sit, Fundo alieno imponere jus, inhæsurum, inquam, fundo, ut aliis in eo spatiari, cœnare, pomum decerpere, *adde*, pilâ vel astragalis ludere, choreas agere, luctari liceat. Nec enim habent hæ res certam utilitatis æstimationem, cum à cujusque imaginatione & inclinatione, non ab affectione reali pendeant; unde prædio characterem juris in Re perpetui, contra quoslibet imprimi possessores, adeò incivile est, ut si olim per subtilitatem tale quid receptum fuisset, à posterioribus Juris-Consultis usuque rerum fine dubio improbatum abolitumque fuisset. Tantum abest, ut hominibus in emendanda Juris Arte, secundum utilitatis publicæ rationes, conspici volentibus, tantæ res ineptiæ in mentem venire potuerit.

3. Sed in contrarium Viri Cll. sic instituunt; *Amœnitatem*, quam à voluptate non distinguunt, *non tantum cum homine, sed etiam cum prædio con-ungi, una tam liquidè arguit Servitus Prospectus, & ne prospectui officiatur, ut nihil requirendum sit*, eoque facit *l.* 15. & 16. *d. S. U. P.* ubi tamen nihil de voluptate, de gratiore duntaxat prospectu agitur. *Quibus accedit*, ajunt, quod *hoc jure utimur, ut etiam amœnitatis causâ aquæductus acquiri possit l.* 1. §. 11. *l.* 3. *d. Aqu. quotid & æst.* Verum ego summa cum ratione, distinguendam esse puto amœnitatem à voluptate. Est enim amœnitas, vera & realis fundi qualitas, ut amplitudo & salubritas, inseparabilis à prædio, semper usum habens æquabilem; etiam sine respectu ad actum secundum & ad usum possessoris, inhærens prædio, idque civili æstimatione melius, & pretio ad emendum, & mercede ad locandum, efficiens; ultro sese offerens oculis spectantium, ut est prospectus, aquæductus, arboretum & similia: Quæ non ita sunt in Voluptate; Hæc est animi qualitas, fundo non inhærens, non modo separabilis à prædio, sed nihil ad ejus qualitatem aut utilitatem pertinens, in actione cujusque initium & finem habens; qualia sunt, pomum decerpere, spatiari, ludere, choreas agere & similia, cujusmodi facultates si per contractum certis personis acquirere non est absurdum, easdem tamen imprimere fundo, ut illum adficiant, ac quemlibet ejus possessorem, æternâ in rem actione teneant divinctum, ab usu civili atque ab ipso pene sensu communi abhorret.

4. Præterea, observandum est, Servitutes in se usuque primævo & naturali esse considerandas, qui si talis sit, ut per se ad prædii utilitatem referatur, hoc ad quali-

qualitatem servitutis fundo imprimendam sufficere; quâ semel constitutâ, non esse amplius præscribendum domino prædii, cui servitus acquisita est, quomodo, ad meram utilitatem, an etiam ad voluptatem, eam adhibere velit. Ità servitus Aquæductus rectè fundo acquiritur; habet enim in se utilitatem fundi, ad irrigandum, vel hauriendam aquam, aut pecus appellendum. Quod si dominus ad meram voluptatem uti velit aquæductu, quis eum prohibeat? Ejusmodi enim accidentalis & accessorius usus non derogat naturæ servitutis in se consideratæ. Hæc res etiam suggerit medium respondendi, ad id quod Viri Cll. movent ex *l.* 8. §. 1. *Si Servit. Vind.* ubi dicitur, Actionem competere adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem, ut in parietem ejus tigna immittere mihi liceat, supraque ea tigna, verbi gratia, porticum ambulatoriam facere, superque eum Parietem, columnas structiles imponere, quæ protectum ambulatorium sustineant. Si enim maxime voluptatis finem in hoc instituto esse credamus, quid hoc ad juris mutationem? Jus tigni immittendi est servitus habens utilitatem ædificii multiplicem & prædium corporaliter adficiens; ideo rectè fundo imponitur. Impositum hoc jus fundo, quis dominum uti prohibeat suo arbitratu? Iter, actus, via sunt servitutes prædii, in universum utiles & necessariæ, quæ proinde fundis jure servitutis recte imponuntur: Impositæ quomodo velit Dominus, etiam voluptatis causâ, quominus exerceantur, nihil impedimento est. Verum aliter multo se res habet, in jure pomum per otium decerpendi, spatiandi, ludendi, saltandi in alieno. Hæc in voluptatis sensu ordiuntur & consumuntur, non cohærent, inquam, fundo, non possunt ei imprimere qualitatem, ut juris in re characterem. Non habent usum voluptatis accessorium, sed omnem & unicum. Nihil in illis est aliud: Ideoque nihil ad servitutem hæc eadem pertinere, non ex inani subtilitate, sed è populari & solidâ rerum comparatione Veteres arbitrati sunt. A quo nec in docendo, nec in consulendo, nec in judicando recedere fas sit. At verò materiam Pactorum, quæ nihil honestum licitumve repudiant, ab hujusmodi voluptuariis non abhorrere facile conceditur: Quicquid turpe vel impossibile non est aut lege prohibitum Pactis & stipulationibus comprehendi potest. *Tit. de Inutil. Stipulat.*

5. His bene perceptis, non est, quod de ista Censura ab hoc loco amoliendâ solliciti simus. Nihil verius, prudentius & civilius in omni Arte nostra videtur esse proditum; quam, quod Juris Auctores pro Servitutibus prædiorum, juribusque, fundis characterem æternum imprimentibus agnoscere noluerunt, actus mere voluptuarios, in hominum imaginatione, non in reali qualitate vel civili utilitate prædiorum consistentes qualia sunt ea, quæ in *pr. d. l.* 8. & à nobis superius enumerata sunt. Denique, si jungantur hæc iis, quæ *in Prælect. ad h. t. n.* 6. collocata sunt, vix erit, quod ad hujus absolutionem Quæstionis desideretur. Planè, quominus Servitutes voluptatis causâ constitutæ vim pacti habeant, & per modum exceptionis prosint, nihil obstat; modo tum hoc teneamus, quod superius observatum est, exceptiones pacti tantum dari adversus eos, qui obligati sunt, eorumve heredes, non etiam contra tertium possessorem, quâ in re differentiam juris in Re & ad Rem quod dicitur, consistere notum est. Ideoque si nihil aliud vellent Censores, vix erat, ut quicquam hac de re dissensionis, quæ non est oppidò magna, superesse posset.

Paulus Lib. xv. ad Sabin.

Servitutes prædiorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, & ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt Servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem. Nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo modo possessio ejus interpellari videatur. Idem & in Servitutibus prædiorum Urbanorum observatur L. 14. in pr. d. Servitut.

1. Contra hujus textus rationes varie disputatur. An & quatenus Servitutes olim hodieque usucapiantur in *Prælect. ad tit. Comm. Præd. n.* 5. diximus. Quare usucapio illis proprie non conveniat, Paulus hic geminâ ratione firmat. Primâ, quia servitutes sunt incorporales, ideoque non possidentur *l.* 43. §. 1. *d. A. R. D.* Secunda ratio Pauli, propria servitutibus rusticis est, quia non habent certam continuamque possessionem; eo quod nemo tam perpetuo & continenter ire agere possit, ut possessio non interpellata dici queat. Atqui hoc etiam de rebus corporalibus, quarum certè est usucapio, prædicari potest. Sicut enim non continuò ire agere possumus, ita nec continuò rei corporali incumbere licet, quando sæpe absumus. Quare, cum hoc non interrumpat possessionem & usucapionem, cur similis intermissio id in servitutibus efficit? Neque vero in urbanis servitutibus; (ut Paulus, dum hoc de rusticis specialiter adfirmat, indicare videtur;) continuum possessionis exercitium est, quale certe non est in servitute stillicidii, fluminis & similibus; præter quod in his quæ in non faciendo consistunt, nulla possessionis similitudo apparet. Verum est, eas servitutes causam & aptitudinem habere continuam, sed hoc etiam de rusticis adfirmatur *l.* 28. *d. S. U. P.* Adeo, ut distinctio Doctorum in Servitutes continuas quæ sint urbanæ & discontinuas, quæ rusticæ sint, vix habeat rationem; cum, quoad causam & potentiam omnes continuæ, quod ad exercitium in utroque genere quædam sint discontinuæ.

2. Quid sibi vult igitur Paulus, quod non contentus, reddidisse rationem, cur servitutes usu non capiantur, quia sunt incorporales; addit etiam hanc quasi propriam Rusticis rationem, quod non habeant certam continuamque possessionem? Ad hujus rei defensionem cum Ræwardus *tract. ad L. Scribon.* nihil aliud prætulisset, quam Paulum per *certam continuamque possessionem in hac L.* 14. intelligere non talem, qualis in usucapione desideratur, ita subjungit; *Hæc si considerasset Eguinarius Baro, non eam Paulo fecisset injuriam, ut contenderet hujus rei rationem non satis virum prudentissimum habuisse compertam.* Neque tamen ipse quicquam adfert; quo difficultates supra expositæ removeantur. Ergo nos in *Digress. part.* 2. *lib.* 2. *c.* 17. ita conjecimus; Verba ibi nostra hujusmodi fuerunt; Ego Paulum neque cum Eguinario Barone, imperitiæ accusem, nec cum Rævardo, defendendum, quod is parum liquidè facit, suscipiam; sed cum Donello 11. *Comm.* 11. dicere malo, eam rationem à Paulo non videri adseverare, sed ἐκβλημαλικῶς, aut negligentius esse positam. Hactenus *in Digressionibus d. loc.* Verum ita non abit hic locus ἀσύμβολ⊛ à censurâ. Vellem Rævardus, quâ in re discri-

discrimen, inter continuam & discontinuam possessionem, in servitutibus & in rebus corporalibus consistat, explicuisset. Tu videsis, an hæc res ita comprehendi possit.

3. In Usucapione requiritur possessio continua; quæ cum non sit in servitutibus, in acquirendis hisce merito prohibita est Usucapio, cum per rationes Pauli in *h. l.* 14. tum per legem Scriboniam in *l.* 4. §. *ult. d. Usucap.* Veteres tamen ante legem Scriboniam Servitutes usucapione biennali, sicut res immobiles usucapi posse voluerunt, ut prohibitio Scribonia *d. l.* 4. §. *f.* & Paulus in *l.* 1. *sent. t.* 17. § 1. & Aggenus Urbic. *in Frontin. de limit. agror.* probant, quod in *d. c.* 17. *Digress. n.* 2. demonstravimus; idque propterea, quod ut possessionis instar aut *quasi* possessio, in servitutibus intelligitur, ita nihil vetaret, Usucapionem analogicè & impropriè illis applicari; Quam postea visum est, è terminis Artis eliminandam esse, quia possessio non, ut in corporalibus, certa & continua esset. Nam etsi fundo aliisve rebus corporalibus non semper incumbimus, neque manu semper eas vel corpore premimus, tamen res ipsa possessionis actu primo & signato fixa evidensque manet ob oculos; fundus scilicet, aut domus, quem vel quam absentes possedimus, retinemus. Verum in Servitute nihil est quam usus, possessio illius in usu incipit & tota consistit; cum autem Usus earum, maximè in Rusticis admodum instabilis & interruptus sit, nihil est, quo possessio stabilis & continua dici queat, in servitutibus inquam, rusticis. Nam in Urbanis sane plerisque res aliter se habet; quia prædium dominans, fere est in eodem statu, continuo semper & æquabili: ut in servitute Oneris ferendi, tigni immittendi, altius non tollendi cæterisque manifestum est; Etsi in quibusdam forte non multo secus ac in Rusticis, quod ad hanc rem attinet, comparatum est, ut fere usu venit in objectis disciplinæ, quæ in *contingentibus*, ut Juris-prudentia, versatur. His bene perpensis, non videtur esse causa Pauli reprehendi justa; quod cum rationem præcipuam & peremptoriam, quâ Servitutes non usucapiantur, quia sunt incorporales, posuisset; addit ex abundanti hanc, quæ ut forte minus exactè & adæquatè subjecto conveniat, non caret tamen idoneâ ratione, quam demonstravimus, applicationis.

Ulpianus Lib. 53. ad Edict.

Cum eo, qui tollendo obscurat vicini ædes, quibus non serviat, nulla competit actio l. 9. d. Servit. Præd. Urb.

Marcellus Lib. 10. Digestor.

Gaurus Marcello: Binas ædes habeo, alteras tibi lego; heres ædes alteras tollit, & luminibus tuis officit. Quid cum illo agere potes; & an interesse putes, suas ædes altius tollat, an hereditarias? &c. Marcellus respondit, Qui binas ædes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo, obscurare lumina legata-

legatarum ædium. Idem est, si alteri ædes, alteri aliarum usumfr. legaverit &c. Sed ita officere luminibus & obscurare legatas ædes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus, in usus diurni moderatione l. 10. d. tit. d. S. U. P.

1. Vicinus meus nullam mihi debens servitutem, ædificat in suo, contra meas fenestras, ita ut luminibus meis officiat, eaque obscuret, quæritur, an hoc prohibere possim? Non posse me actionem hac causâ movere, definit indistinctè Ulpianus in *l.* 9. Quod suprà ad *l.* 10. *d. Usufr.* displicere Censoribus in Proprietario, cujus ædium alius habet usumfructum, vidimus, ita, ut Fructuario dandam putent actionem ad hoc prohibendum: quanto magis actio mihi danda fuerit adversus eum, qui meas ædes, in quas ille nihil juris habet, altius ædificando obscurat? Huc pertinet exemplum singularis justitiæ causâ laudatum, Theophili Imperatoris, qui Petronæ Viri nobilis ædes ita structas, ut vicinæ viduæ domum penitus obscurarent, destruxit, auctoremque publicè flagris cædi jussit, τὰς ἑαυτοῦ διαίζας ὑψῶντα καὶ τῇ αὐτῆς οἰκίᾳ ἐπισκοτοῦντα, *quod suas ædes extulisset ac in viduæ domum despicere posset*, ut Zonaras refert, sive ut Manasses Poeta historicus loquitur, quod νυκτοχειρωμένην viduæ domum fecisset, *Pro luce noctem ei intulisset*, quà de re nos egimus in *part.* 1. *Digress. c. ult.* Et videtur omnino hæc licentia publicæ utilitatis disciplinæ, & regulæ Servatoris nostri Quod tibi nolis fieri, id alteri ne feceris, adversari. Marcellus ideo positionem Ulpiani infinitam civiliter utiliterque limitare videtur, ut ne penitus lumen recludatur; sed relinquatur quod satis sit, ad diurni luminis moderationem *in fin. l.* 10. Verum hanc limitationem non esse referendam ad regulam universalem *l.* 9. sed tantum ad speciem facti, quæ est in *l.* 10. quidam haud immeritò arbitrantur, quibus adstipulati nos sumus in *d. cap. ult. Digress.* eo quod heredi minus liceat in obscurandis ædibus à defuncto mihi legatis, cujus ipse factum & voluntatem præstare, neque beneficium ejus corrumpere debet, quam in alias domos à testatore, cujus ipse heres est, & quem repræsentat, non legatas, nec ab eo profectas.

2. Unde superest hæc sententia Juris; Cuilibet in suo, quam vult ædificare licere altissime; cum incommodo licet vicini, cui nulla ad prohibendum ratio vel actio datur, etsi forte domum vicini νυκτοχειρωμένην, id est, penitus reddat tenebricosam, ut interdiu lumine subsidiario opus sit, *hac l. 9. l. 4. eod. l. 8. C. de Servitut. l. 26. d. damno infect.* sub hisce tamen limitationibus: I. Si ædificans legitimum spatium à vicinâ domo, quatenus hoc in civitate receptum sit, intermittat *l. 14. d. Serv. P. V.* II. Si non excedat altitudinem domibus ex instituto Civitatis præscriptam; quo pertinet, quod de statu ac formâ antiquorum ædificiorum custodiendo præscribitur in *l. 11. S. U. P. l. 1. C de Servit. l. pen C. de ædif. pr.* quod magnum habuit usum apud veteres, qui tecta ædificiorum plana & ad usus peculiares secreta habebant, in quæ à vicinis ex altiore loco despici molestissimum esset idque specialiter in urbe Româ, postquam ab incendio Neronis restituta fuerat, tradit Tacitus *l. 15. Annal. c. 43.* III. Si non invidiâ ad æmulationem aut vexationem alterius, quod merito non liceat, ædificatum sit. *l. 3. in pr. d. Oper. publ.* Unde nihil gaudeat ædificator, *quam ut officiat:* cujusmodi malitiæ non esse indulgendum monet Celsus in *l. 38. §. Constituimus d. R. V.* eoque pertinet exemplum superius Theophili & Petronæ. IV. Si non offen-

datus

datur agricultura, vel commercium aliudve negotium ad utilitatem publicam spectans, quo pertinet exceptio in *l. ult.* §. 1. *C. de Servit.* ubi prohibetur ædificari, juxta aream triturandis fructibus destinatam, quo ventus paleam secernens inde excludatur. Idem est, si quis prospectum theatri vel amphitheatri impediat, *d. l.* 3. *pr. d. Oper. publ. Ubi & alius casus.* V. Si ædificium, seditionis causam præbere possit, quâ ratione Valerius Publicola domum suam altius ædificatam submisit, ut Plutarchus in *Publicolâ* testatur. VI. & Postremo addemus, etsi parum opus erat addere, limitationem ab aliis appositam, si non lædatur jus servitutis alteri quæsitum; Id enim in ipsa Quæsiti positione satis occupatum est, ac inde ab initio intellectum.

3. Hisce requisitis & limitationibus præsuppositis, non metuimus acumen rationesque Censuræ superioris; quia videtur esse regula juris, non minus naturalis quam Civilis: Neminem videri dolo facere, qui suo jure utitur *l.* 55. *d. R. I.* Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet *l.* 151. *eod.* Nec alterius incommodum valere potest ad jus nostrum impediendum *l.* 137. §. 4. *d. V. O.* Ac ideo quisque facere potest, quod libet, in suo; quatenus nihil in alienum immittat *l.* 8. §. 5. *Si servit. Vind.* Hinc cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil agi potest, nec adeo actionem alter habere debet, ut Marcello videtur, in *l.* 1. §. 12. *d. Aquâ & aquâ pluv.* si modo non fecerit, addit JCtus, animo nocendi vicino, quod incidit in limitationem tertiam, modo collocatam. Idem Ulpianus auctor est in *l* 24. §. *ult. d. damno inf.* Aperit aliquis in domo suâ puteum, quo aperto, venæ tui putei præcisæ sunt, non tenetur ille; neque enim tibi damnum dari in eâ re, in quâ ille jure suo usus est, exstimatur. Cæterum, sicubi lege Civitatis, etiam hæc limitatio, quæ est in fine nostræ *l.* 10. ne lumen omne penitus tollatur, universalis statuatur, id à publicâ utilitatis & honestatis disciplinâ non abhorreret; etsi Jure Civili extra respectum heredis & voluntatis defuncti, ac forsitan extra obligationem Proprietarii erga Usufructuarium, ita non videtur esse receptum, ut jam diximus & Gl. observat ad *d. l.* 9. *h.*

Pomponius Lib. XXXIII. ad Sabinum.

Si domus tua ædificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur, & ut stillicidium ædificiorum meorum recipere deberet, & tibi concessero, jus esse, invito me, altius tollere ædificia tua; quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, ut si altius sublatis ædificiis tuis, stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi ædificare non liceat; si non impediantur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere l. 21. *d. Servit. Præd. Urb.*

1. Adversus hanc definitionem disputat Autumnus, & putat diversum à Pomponio sentire Papinianum, in *l.* 17. *Commun. Præd.* & Paulum in *l.* 8. *Quemad. Servit amitt.* atque definit in his verbis: *Ideo probanda est Papiniani sententia, quam Paulus secutus est, quæ mihi non inarguta videtur, eâque hodie utimur.* Vellem Autumnus in Censura Juris exercendâ minus argute, vel potius, inargutè versaretur. Nam Papiniani textus in *l.* 17. tam parum ad ad rem pertinet, ut ego lecto-

lectoris attentione, in referenda ejus sententiâ, & cum hujus quæstionis hypothesi comparandâ, abuti nolim; cuique legenti & Artis gnaro id ultro patebit. Ex objectâ *lege* 8. recte colligitur hoc argumentum; Jus suum quemque videri abdicare per actum contrarium: Ut si is, qui jus stillicidii immittendi in alterius aream habet, vel qui jus viæ per alterius fundum habet, huic in isto loco permittat ædificare; (scilicet, eo modo, ut via vel stillicidium impediatur, quemadmodum res & ipse textus indicat) Si vero per id, quod is cui servitus debetur, concessit, usus servitutis non tollatur, nihil est, quod servitutem finiri arbitremur. Atqui hoc ipsum in textu præscripto inculcatur; Vicinus mihi debebat duas Servitutes, Altius non tollendi, & Stillicidii immittendi. Permisi ipsi altius tollere. Sic amisi Servitutem Altius non tollendi; Retineo tamen alteram, Stillicidii immittendi, modo spatium notabile sit inter tectum serviens & meum stillicidium. Potest igitur altius tollere, sic tamen ut mihi non auferat Stillicidium. Proinde si is qui servitutem stillicidii immittendi debet, altius tollendo stillicidii usum impediat, non potest tam altum tollere; quia meum stillicidium ejusmodi structurâ tolleretur. Sed quamdiu stillicidium cadere potest, is qui debet eam servitutem, altius tollere non prohibetur. Idque ita, contra quam *Autumnus* adfirmat, usu observatur, ut visum est Curiæ supremæ Frisiorum, in causâ quæ inter me & *Hesselum Tamboserum* Decurionem Leovardiensem, non ita pridem acta fuit. Habebat ille jus stillicidii & fluminis supra meum tectum. Habebam ego jus altius tollendi naturale, salvo ipsius stillicidio & flumine. Ergo tectum meum altius extuleram, ut tamen ejus stillicidium adhuc esset superius; sed locum fluminis, quod ille per canalem plumbeum ducendi jus habebat, ædificando superaveram; sic tamen, ut spatium pro ductu fluminis ejus liberum ipsi offerrem. Quod cum ille respueret, tectumque meum ad veterem formam deprimi vellet, Curia censuit, neutram servitutem ejus, altius tollendo, à me esse interceptam, ideoque meam oblationem videri justam & sufficientem. Hæc ad iniquitatem Censuræ demonstrandam sufficiunt.

Paulus Lib. xv. ad Sabin.

Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset pro luendi pavimenti causâ, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat: Neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. At quod ex cœlo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causâ fit, & ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes prædiorum perpetuam causam habere debent: & ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis & perpetua causa esse debet l. 28. *d. Servit. U. P.*

1. Adversus hunc *Locum* primo Censuram Autumni examinabimus, dein si quid aliunde moveri possit. Autumnus; *Hæc sententia Pauli rationem non habet, quia sua quisque rei moderator atque arbiter est, ut rescripsit Constantinus Volusiano in l. In re mandatâ C. Mandati.* Quid vetat igitur (sic est ejus intentio) dominum impone-

imponere fundo suo proprio, qualem vult, servitutem, & concedere vicino jus, sive ad tempus sive perpetuum, quod habeat usum modo & facultatem? In promptu est responsio; Neminem posse facere, quominus leges in suâ re valeant: Legem ita scriptam esse videmus, quam neque juris interpres, neque judex, neque paterfamilias invertere potest. Verum est tamen, hic nos in ejusmodi instituto versari, quod in illa ratione non acquiescit; cum hic ipsas juris rationes ad examen censuramque vocemus. Dicendum igitur, naturam servitutis ita exigere, cum sit Jus in re constitutum, quod res non homo debet *l. 6. §. 2. in fin. Si servit. vind.* quod rem & quemlibet ejus possessorem comitatur, *l. 1. l. 2. d. tit.* ut rei sit æquabile, nec deficere possit, ubi res extat. Verum, si quis aliud rei non inhærens aut æquale jus statuere vult, eum non impediri, per viam pactionis vel contractus id introducere, ut tamen non possit hoc esse jus, quod res, sed quod homo debet: unde usus actionis in personam, non in rem nascatur, ut fieri videmus in *l. 13. pr. Com. Præd.* Hoc enim in universum ita est, jura quæ non possunt esse Servitutes, habere tamen effectum Obligationis, quæ personalis est, non æque juris in Re constituti. Summa igitur responsio ad hanc objectionem hæc est; Quemque sane liberum esse rei suæ moderatorem & arbitrum: ut de illa secundum ejus naturam pro lubitu disponat, sed ita ut leges & formam juris observet, non ut super illis creet & comminiscatur facultates à rei proprietatibus alienas, unde juris ars inepta, deformis & sibi rebusque fieret inconveniens. Talis autem esset Servitus, non habens causam perpetuam; quæ Prædii naturæ semper eidem & æquabili non conveniret, ut foret servitus Aquam è stagno vel lacu non perpetuo ducendi, & Servitus foraminis, per quod Aqua, nonnisi adsidua manuum opera, emitti posset.

2. In contrarium nititur Autumnus; *Et cum navigandi Servitus in lacu constitui possit, ex l. viâ 23. §. 1. d. Servit. R. P. cur ex stagno & lacu aquæductus constitui non potest, fugit me ratio.* Non fugeret ipsum, vel sane lectorem ratio, si adderet è textu, *Legem* 23. §. 1. agere de lacu *perpetuo*, qui fluminis instar est, ac ita servitutes, quarum perpetua sit causa, recipit, quod est requisitum nostræ *Legis* 28.

3. Autumnus; *Non concedi è lacu servitutem, Accursius ideo putat, quia sæpe arescunt: tamen convincitur ex verbis legis, Quod à cælo cadit, inquit* Paulus *h. l.* 28. *etsi non adsiduè, ex naturali tamen causâ fit, & ideo perpetuo fieri existimatur.* Habet speciem hoc argumentum. In quem locum aliquid è cœlo aquæ, etsi non adsiduò, venit, ejus causa naturalis & perpetua est *d. l.* 28. Atqui in lacus & stagna non potest negari, aquam venire de cœlo. Ergo. Sed Limitetur propositio; In quem locum venit aqua de cœlo, ita, ut res sive locus serviens semper idoneus sit ad usum servitutis accipiendum, ejus causa naturalis & perpetua est. Atqui tale non est stagnum vel lacus, cum sæpius exarescant, non magis quam cisterna, è quâ servitus constitui non potest *l. 1. §. 4. d. Font.* Atqui in cisternam venit aqua de cœlo confertius & notabilius quam in lacum vel stagnum; sed tamen sæpe fit, ut cum opus est aquæ haustu, cisterna inanis, nec ita locus ad usum servitutis non magis sit idoneus, quam lacus siccus ad navigandum. Aliud est in stillicidio; Nam etsi nec illud semper casitet, & aqua sæpe non minus in eo, quam in cisternâ nulla sit, tamen res sive locus illam Servitutem debens, hoc est, tectum vicini, sem-

per & perpetuò eſt idoneum ad ſtillicidium, quoties uſus venit, recipiendum; Et ſic habet illa Servitus cauſam verè perpetuam.

4. Autumnus; *Huic ſententiæ congruum eſt, quod ſcribit Ulpianus in l. 1. d. Flumin ſi torrens aliquâ æſtate exaruit, non ideo minus perenne eſt. Eodem modo ſtagnum temporalem quidem continet aquam ibi ſtagnantem; ſed ideo jus ſervitutis non amittitur, aut ceſſabit, etſi iter aquæ longiora intervalla habeat.* Si non deſinat eſſe perennis aqua torrentis, etſi aliquando areſcat, ecquid eſt cauſæ, cur lacus & ſtagna, utcunque in iis aqua ſubinde deficiat, non ſint perpetua & ſervitutis capacia? Rectè conſuluiſſet Autumnus cenſor, ſi textum integrum exhibuiſſet. Ait Ulpianus; *Fluminum quædam ſunt perennia, quædam torrentia. Perenne eſt, quod ſemper fluit ἀέναος; torrens, χειμάῤῥους, quod hyeme fluit: Si tamen aliquâ æſtate exaruerit, quod alioqui perenne fluebat, non ideo minus perenne eſt l. 1. §. 1. d. Flumin.* Ex his liquet, Autumnus qua fide argumentum ſuum ex hoc loco deduxerit. Ulpianum dixit de torrente ſcripſiſſe, qui etſi quandoque areſcat, perennis tamen ſit; cum id de ſpecie oppoſitâ Fluminis perpetui ſcripſerit Ulpianus; etſi quandoque flumen extraordinario caſu ſiccitatis, exaruerit, haud ideo mox id quod eſt, perenne flumen eſſe deſinere; cum ſatis conſtet, haud incelebribus aliquando fluminibus evenire, ut exquiſitâ ſiccitate, tam tenui fluant alveo, ut exaruiſſe dici queant; quemadmodum ipſe fluminum pater Rhenus infra divortium Vahalis & inprimis Leccæ, nec minus Iſala, quandoque ad arctitudinem & ſiccitatem inuſitatam rediguntur: & veteres Friſiorum annales de Flevo, ex imo Rheni alveo, & quidem maximo, teſtantur, cum aliquando tam arctum ſiccumque fuiſſe, ut aſſere ſuperimpoſito tranſiri poſſet è Friſia majore in minorem, ſive Stauria illuc, ubi nunc eſt Enchuſa, ne de portentoſis aquarum defectibus loquar; ut Sponnius & Læti, Genevenſes hiſtoriographi teſtantur, Rhodanum è lacu apud Genevam effuſum & rapide fluentem, aliquando fuiſſe penitus exſiccatum, ut pedibus tranſiri poſſet. Ejuſmodi caſus extraordinarii non mutant naturam fluminum, æſtimatione Legiſlatoris; τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, Quod ſemel aut bis accidit, Legis conditores prætereunt.

5. Autumnus; *Præterea jus aquæ hauriendæ ex puteo concedi poſſe, dubitationem non habet l. 1. verſ. ut putealis d. Aqua quot. & æſt. Ergo ex ſtagno aquæductus conſtitui poteſt.* Haud diſpari fide, quâ ex priore textu, hic argumentatur Autumnus; Textum videamus oportet; Ulpianus: *Loquitur autem Prætor in hoc Interdicto de eâ aquâ ſola, quæ perennis eſt: nulla enim alia aqua duci poteſt, niſi quæ perennis eſt. Quanquam autem ad perennes aquas diximus hoc interdictum pertinere, ad eas tamen perennes pertinet, quæ duci poſſunt. Cæterum, ſunt quædam, quæ etſi perennes ſunt, duci tamen non poſſunt, utputa puteales, & quæ ſunt ita immerſæ, ut defluere extra terram & uſui eſſe non poſſint: ſed hujuſmodi aquis quæ duci non poſſunt, hauſtus ſervitus inponi poteſt l. 1. §. 3. & 6. d. Aquâ quotid. & æſt.* Quid ſibi vult *Autumnus*? Diſerte Ulpianus ad ſervitutem ſive Aquæductus ſive Aquæhauſtus, requirit perennitatem aquæ ducendæ vel hauriendæ. Prout loci habitus, ita vel Aquæductus vel hauſtus inſtituitur; Ductus, ſi aqua ſit in alto vel in plano ſita; Hauſtus, ubi aqua eſt depreſſa, veluti putealis, aut immerſa, ut Ulpianus ipſe differit. Attamen & putealem & immerſam omnino perennem eſſe debere ſtatuit, ut ſervitutem

lutum recipiat; Dari puteos perennes, quorum venæ vix unquam arescant, non est, opinor, quod probare necesse sit.

6. Autumnus adducit Paulum in *l. Servitus* 9. *d. Servitut. R. P.* ubi; *Servitus aquæ ducendæ, vel hauriendæ, nisi ex capite, vel ex fonte constitui non poterat: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.* Quare, pergit Autumnus, *ex stagno servitutem aquæ ductus & haustus concedere licet, & hoc jure nos uti, nemo est, qui ambigat.* De usu, postremo videbimus. Sed argumentum *d. l.* 9. hujusmodi; Aquæductus è quolibet loco constitui potest. Ergo etiam è lacu & stagno, nihilo melius est, quam è reliquis textibus educta vidimus. Quod servitus ex *quocunque loco* dicitur hodie constitui solere, de quovis loco fluminis accipiendum, non de quovis alio etiam de lacu vel stagno, ne quis erret. Nam olim nonnisi è fonte vel è capite, unde manat aqua, Servitus constitui poterat; Caput enim ita sumi, docet Ulpianus in *l.* 1. §. 4. *d. Aquâ quotid & æst. Caput aquæ illud est*, ait, *unde aqua nascitur: si ex fonte nascatur, ipse fons; si ex Flumine vel lacu, prima incilia vel principia fossarum &c.* Deinde satius visum est, à quavis parte fluminis, cum ubique vivax & perennis aqua sit, permittere servitutes constitui; salvâ tamen semper continuitate causæ, in usu primo, non secundo & actu exercito servitutis, ut jam dicere occupavimus.

7. Hactenus contra Autumnum. Neque tamen ita defuncti sumus omni difficultate, quin hujus legis sententia cum usu naturâque negotii & cum ratione pugnare videatur. *Servitus Foraminis*, ait Paulus, in *imo pariete conclavis vel triclinii, pavimenti proluendi causâ*, non potest constitui; *neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. Nisi aliquid illuc è cælo aquæ veniat; hoc enim, etsi non fiat, à causâ tamen naturali fit.* Sic igitur est sententia Pauli, non posse talem dari servitutem, quâ mihi per foramen imi parietis mei, sordes Pavimenti in solum vicini immittere & extrudere liceat, quoniam hoc nonnisi manu admotâ, interdum fit, cujus rei causa non est naturalis; Ideoque naturæ servitutis nullo modo convenit. Ita Juris-Consultus. Sed Groenewegius ad *h. legem*, non dubitat, *quin hoc qualecunque foraminis jus, ad instar tamen servitutis cloacæ, explosâ Romani Juris scrupulosâ subtilitate, tuitione Prætoris conservandum sit ei, qui hoc legitimo tempore possedit arg. l. de Aqua. in fin. Comm. Præd.* Quod mirum non est, cum ejusmodi subsidiaria tuitio Prætoris, etiam Juribus, quæ servitutes non sunt, applicetur, quod ipsa Lex *De aqua* 2. *d. t.* diserte docet. Sed nec ego tamen dubito, quin hujusmodi servitus Foraminis, ut eam Groenewegius accipit & explicat hodie sit vera servitus, noti & frequentissimi usus: Scilicet, ut liceat per foramen sui parietis manu extrudere sordes in aream vicini, quomodo tam Groenewegius & Cujacius XI. *Obser.* 3. quàm generaliter Interpretes, illam Foraminis servitutem accipiunt. Nec aliter Juris rationes dictare putem. Quid enim? Servitus non valet, quia manu opus est ad illam exercendam? Imo Servitus cloacæ ad immittendam in aream vicini colluviem, prorsus ejusdem valoris est; quæ non minus manu fit, quam hæc foraminis servitus, imò vix ab ista differt. Servitus effundendi aliquid in solum vicini *l.* 8. §. 5. *Si servit. vind.* nonne manifesto manum & intermissionem requirit? Denique, pedum an manuum ministerio Servitus exerceatur, quid interest? Pedibus, idque nec continuo, Iter exercetur,

 & est

& est Servitus illa, habet ne causam perpetuam motus manuum, magis quam pedum? Idem est in Actu, Viâ, Aquæ haustu, Pecoris ad aquam appulsu, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ & plerisque aliis, in quibus & manuum & pedum exercitio sæpius interrupto opus est. Attamen has species bene proprieque Servitutes esse, nemo dubitat, neque discrimen hac quidem in re liquet à Servitute Foraminis ullum. Quid igitur ad Eunomiam?

8. In *Prælectionibus ad tit. Comm. præd. n.* 7. ita instituimus, in summâ; Foramen, cujus servitutem Paulus negat acquiri posse, non est concipiendum in ima parte parietis nostri, sive ejus cui servitus debetur, ut Cujacius, Groenewegius cæterique volunt: hæc enim est eadem fere cum servitute Cloacæ: Sed ut Accursius & Vivianus olim rectè putarunt, in imo pariete domus vicinæ, quæ servitutem debet. Et manus, quâ opus est ad sordes eluendas, est manus vicini servientis, non dominantis, cujus manu pedibusque fere semper opus est in usu servitutum; contra quam servientis; hujus enim factum non facit materiam servitutis, sed patientia & non faciendi lex *l.* 15. §. 1. *d. Servitut.* Sic igitur Servitutem foraminis à Paulo rejectam hoc modo, inquam, censeo, accipiamus. Paterfamilias eget aquæ putealis ad sordes pavimenti sui eluendas. Vicinus in proximo habet puteum aquæ Vivæ, unde ille per machinam educit aquam: Paciscor ab illo, ut suum parietem aperiri patiatur, ejusque homines mihi per illam machinam *Pompæ*, quam vocant, à πομπῇ *missio*, forte, aquam in meum Pavimentum per canalem à me faciendum *Emittant*. Quominus ejusmodi Conventio ineatur, nihil obstat: Servitus autem ita nulla condi potest: quia factum servientis & quidem interruptum non convenit naturæ servitutis. Continuitas causæ, quam servitutes requirunt, in hoc consistit, quod prædium serviens perpetuo & æquabiliter idoneum sit ad usum actumque, etsi non continuum, servitutis recipiendum, sine ullo, inquam, facto servientis: Atqui, cum Aqua manu servientis educenda est ex ipsius puteo, ac ita vicini domum vel triclinium derivanda; tum serviens prædium non est per se ac æquabiliter idoneum ad usum servitutis; cum identidem prius Opera manusque servientis exigenda sit: Nemo non videt, hunc circuitum à natura servitutis & juris in re constituti esse alienum. Nec aliter hodieque in medio foro usque hominum puto existimatum iri, quam ejusmodi conventionem non esse Servitutem, sive jus prædio & cunctis ejus possessoribus impositum; ut manus suas alieno servitio commodare cogantur, cum hoc potius personali quam reali aut prædiali servituti convenire videretur.

9. Superest alter in *d. l.* 28. scrupulus. Quod, si aqua è cœlo veniat in eum locum, ubi foramen est, Servitus rectè constitui dicitur; cum id tamen aliter sit in Servitute, quam quis è cisternâ alienâ acquirere velit, ut *supra* vidimus. Cur, inquam, si non potest deberi servitus è cisterna, in quam aqua de cœlo venit, Foraminis Servitus valere dicitur, ubi aliquid è cœlo aquæ in eum locum venit? Est quidem verum hoc; in cisternâ potest aqua deficere, ut cum opus est servitutis usu, aqua cesset, ac ita cisterna non semper & æquabiliter idonea sit ex se, ad usum hujus servitutis: At vero sic etiam in hac servitute Foraminis usu venit; Opus est aquâ in usum pavimenti quotidie, cum aqua tamen è cœlo cadens sæpe deficiat, ac ita, cum opus est eluendis sordibus, nihil extet aquæ; proinde locus etiam

etiam non sit idoneus ex sese, ad usum servitutis. Hanc rem ita concipiemus; Servitutem foraminis esse talem; quando vicinus pati cogitur, ut foramen sit in ipsius imo Pariete, meo commodo, ut aqua cadens in receptaculum quoddam, juxta foramen illud, per canalem in meum triclinium deduci possit. Ibi primo nullum est factum servientis, ut erat in altera interpretatione; Receptaculum & foramen illud semper idoneum est, *passive*, quod hic requiritur, ad aquam è cœlo venientem recipiendam; quod cum naturaliter omni die fieri queat, merito causam dicitur habere continuam, prorsus ut in stillicidio manifestum est. Adeo ut hæc servitus Foraminis comparari non debeat cum servitute Aquæhaustus è cisterna, sed potius cum jure derivandi aquam ex alieno in cisternam nostram, quod etiam non continuò fit, semper tamen fieri potest. Atque ita universum hujus textus argumentum ad Eunomiæ regulas exegisse videmur: Etiam, nisi fallor ad simplicitatem usus communis, in Foro minime adspernandam; siquidem omnia bene percepta, idoneo sensu, ad ipsam rerum civilium naturam Artisque juridicæ œconomiam adhibita, minus à judicio communi, forensique applicatione deprehendentur abhorrere, quam visum Pragmaticis illis. Nemo dicet, opinor, hodieque servitutem esse prædialem, qua vicinus mihi per suam machinam suis suorumve manibus movendam quotidie suppeditet aquam in usum mei triclinii.

Paulus Lib. III. Respons.

Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo jure fenestram immisisse respondi l. 40. d. Servit. Præd. Urb.

1. Censura Cujacii 1. *Obs.* 31. Quorsum, ait Lex *Eos d. Servit. P. U.* fenestras aperto pariete communi, immitti non posse? An non idem juris est in proprio pariete? Præsertim, cum utroque casu sit locus illius philosophi sententiæ, *Μηδὲν διαφέρειν ἢ τὰς πόδας ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι*, ut inde sit necessaria servitus luminum, quæ ab Cajo fenestra appellatur in *lib. 2. Instit.* id est, jus fenestræ immittendæ, ut hoc jure nobis liceat aperire fenestras: quas equidem sæpe opinor & lumina appellari, ut apud Ciceronem *lib. 2. ad Atticum*; *Radiorum*, ait *διαφανεῖς*, latis luminibus non tam solere esse suaves. Cæterum in *l. eos*, Constantinus Harmenopulus legit, *pariete coeco*; sic enim vertit *lib. 2. epitom.* *ὁ μὴ ἔχων δίκαιον φωταγωγῶν θυρίδων ἢ δίκαιον τυφλὸν τοῖχον ἀνοίγων, ἢ ποιῶν θυρίδας*, quod etiam confirmant, quæ tradit *in tit. περὶ θυρίδων ἀνοιγομένων ἐν τυφλῷ τοίχῳ.* Quid igitur si sic legamus, *Eos qui jus immittendi luminis non habuerunt, aperto pariete cæco, nullo jure fenestras immisisse respondit?* Paries cœcus est, qui fenestras non habet, ut apud Virgil. *lib. 5. Æneid.*

Parietibus textum cæcis iter; ancipitemque
Mille viis habuisse dolum.

2. Hactenus Cujacius; huic textui, ut legitur apud Florentinos & vulgo, rectum constare sensum negans; eo quod nec in suo peculiari pariete, nullo jure servitutis acquisito, cuiquam liceat immittere fenestras, unde in alienum despiciat: quod ita juris esse non probat ex Jure, sed è Plutarcho *lib. περὶ πολυπραγμοσύνης*,

ubi Xenocratem illis verbis, quæ superius græce expressa sunt, usum esse testatur; latine sic sunt, *Nihil interesse, pedes aliquis, an oculos in alienam domum immittat.* Proinde, si nec in proprio pariete peculiari id faciat, ineptum est, id de communi pariete, in quo certum est, invito socio, nihil in præjudicium alterius fieri posse, commonefacere. Sed Cujacius nulla ratione putat, in proprio pariete quemque fenestras, è quibus in alienum solum despiciat, habere non posse, nisi luminum servitute prius acquisita. Nos aliter existimamus, per ea quæ *paulo superius ad l.* 9. *&* 10. *h. t.* demonstrata sunt; Unicuique licere facere in suo, quod libet, etsi cum vicini incommodo; si modo nihil in eju: solum immittat, sicut profecto non facit, qui oculos in alienum immittit, quod Xenocrates & Cujacius volunt. Fumi est immissio *l.* 8. §. 4. *Si Servit. Vind.* Visionis immissio nulla est. Nam etsi maxime visio non fieret per receptionem specierum, sed per emissionem radiorum, etsi prius à philosophis crebrius, ut puto, receptum sit; quid tamen illa radiorum ex oculis (ipsi enim oculi manent, opinor, in locis suis) immissio, ad usum servitutis? Molestiam ex alienâ curiositate, quâ vicini actiones alius rimatur, notavit Xenocrates; quo respectu sane utrum pedes, an oculi immittantur, nihil interest Sed pedes in alienum, invito domino, inferre non licet *l.* 13. §. *ult. d. Injur.* Oculos immittere in alienum quis prohibeat, cum nihil aliud in omni vitâ fiat? Et cum mihi de pariete meo quod libet facere liceat, quidni fas sit, per rimas ejus, vel aperturam jure dominii à me factam, inspicere in alienas ædes aut aream? Si molestus sum vicino, liberum est ipsi aliquid attollere & obstruere meis fenestris, ut homines vulgo servant, nec ea res habet dubium juris aut Usus communis. Ut mirari liceat, tam levi causa motam esse crisin à Cujacjo; etsi magis miror, eam placere potuisse Mornacio; nisi quod imposuit ei collatio Græcorum, qui legisse videntur, etiam Basilici, in hoc Pauli loco, non *communi*, sed *cæco*. Sed communis lectio tam certâ juris ratione & evidentiâ sensus usus que communis nititur, ut Græcis hac in re minime auscultandum putem, quod plus & sæpius æquo facit Cujacius.

3. Est tamen argumentum, quod adhuc opponitur; Datur *servitus luminum*, quæ non daretur, si lumina jure suo quilibet in parietibus suis habere posset. Ad hanc objectionem Wissembachius noster ita respondet, in *Comment. ad h. t. à pr. Fas nobis est & liberum, fenestras in pariete nostro positas habere, luminis hauriendi causâ l.* 9. *h. t. Sed vicinus, opere juxta parietem nostrum erecto, luminibus nostris officere non prohibetur, nisi impositâ servitute luminum, impeditur.* Minus ex usu, Præceptori nostro in mentem venit, confundere servitutem altius non tollendi, vel luminibus aut prospectui non officiendi, cum Servitute luminum. Quæ non est hæc, ut vicinus patiatur lumina nostra libero gaudere prospectu. Quid sibi velit, ipse textus indicat *in d. l.* 4. *Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat*; hoc est, ut aperto suo pariete patiatur, ut ego fenestras in eo ponam, & per eas lumen pro meis ædibus hauriam. Plura vide sis hac de re in *Prælect. ad d. Tit. Comm. Præd. n.* 5. 6. 7. *&* 9.

Scævola Lib. 1. Reſponſor.

Olympico habitationem & horreum, quod in eâ domo erat, quoad viveret, legavit. Juxta eandem domum, hortus & cœnaculum, quod Olympico legatum non eſt, fuere. Ad hortum autem & cœnaculum ſemper domum, cujus habitatio relicta erat, aditus fuit. Quæſitum eſt, an Olympicus aditum præſtare deberet: Reſpondi, ſervitutem quidem non eſſe, ſed heredem tranſire per domum ad ea, quæ commemorata ſunt, poſſe: Dum ne noceat legatario L. ult. d. Servit. P.U.

1. In hunc textum Cenſuræ ſpicula fixerunt Autumnus *hic*, & Groenewegius *ad eandem L.* Autumnus cum cenſorio ſupercilio, *At ego*, inquit, *heredi aditum per domum non eſſe præſtandum puto, ſi aliunde viam habeat, ſecundum Marcellum L. damnas eſto* 36. *d. Uſ. & uſufr. leg.* Atque *ego*, ait Groenewegius, *ſic etiam ſentio, niſi heres aditum à legatario redemerit l.* 44. §. *ult. d. Legat.* 1. Sed cum uterque textus agat de fructuario, non de proprietario, ut hic; & cum neuter ille textus de caſu, quo per alterum prædium ſemper ad alterum fuerat aditus, ut hic; à ſeparatis malè infertur. Hic eſt ita; Teſtator habuit domum & hortum, in quo erat cœnaculum, ut habere ſolent homines beati; In hortum ſemper aditus fuerat, per domum; an alius fuerit aditus, non exprimitur. Hanc domum cum adjuncto horto dominus legavit Olympico liberto ad vitam; ſed hortum cum cœnaculo reliquit apud heredem. Hic aditurus in hortum, voluit tranſire per domum; Libertus occludit fores. Dominus conſulit, an non habeat aditum in hortum ſuum per domum Olympico, dum viveret, legatam; Scævola reſpondet, habere.

2. Sed Autumnus, *Ridiculum*, inquit, *eſt reſponſum Scævolæ, pace tanti magiſtri dixerim. Ait enim, Servitutem non eſſe, ſed heredem tranſire poſſe; ac ſi diceret, iter non deberi, ſed jus eundi.* Si dicerem, eſſe ridiculam hanc arrogantiam cum pace tanti Cenſoris, non facerem illi tantam injuriam, quantam ille facit Scævolæ. Non eſſe ſervitutem rectè ſcribit Scævola, quia conſtituta non eſt ab eo qui jus illam conſtituendi habebat. Quia tamen ſemper ad hortum aditus ad domum fuerat, hæc videtur fuiſſe voluntas Teſtatoris, ut uſuſfructus domus, ita quemadmodum hæc ſemper habita fuit, exerceatur; nec propter uſumfructum jus proprietatis minuere voluiſſe videri poteſt Teſtator, *d. l.* 15 §. 1. *d. Uſu & uſufr. leg. ubi ſecundum voluntatem defuncti, videtur id exigere ab herede* Uſufructuarius. Ergo magis heres tanquam dominus, à fructuario. Autumnus ſupponit, jus eundi neminem habere, quam qui ſervitutem Itineris habet, quod eſt falſæ hypotheſios. Nam dominus habet jus eundi per ſuum aut jure ſuo, qui tamen non habet ſervitutem. Qui locat fundum ſuum alii fundo proprio, quem colit, vicinum, è quo redire non poteſt, niſi per aliquam partem fundi locati, per quem ſemper eundi mos fuit, hic etiam poſt locationem, eundi jus retinebit, ut puto; neque locato fundo, per quem tranſitus ad alterum fundum neceſſarius & ſemper fuit, ejuſmodi locatione jus illud eundi remiſiſſe videtur. Idem hic Scævola cenſet, & eſt hic locus ei rei argumento. Quid ergo; ſi quis vendiderit è duobus ſuis fundis vicinis alterum, per quem è priori ſemper fuit tranſitus, an hunc etiam ſibi reſervaſſe

servasse videtur transitum? Non videtur, *arg. l. 30. in pr. h. t.* ubi sunt duæ domus, quarum una serviit alteri; servientem dominans emit: Et usus servitutum exinde, jure dominii, continuatus est. Inde rursus easdem ædes vendidit, neque servitutem renovavit; domus est libera. Jus enim emptionis venditionis efficacius est, quam ususfructus constitutio ut in *h. l. ult.* An non dicere licebit, jure quidem servitutis non esse jus itineris; esse tamen eundi facultatem, ut hic distinguitur? Non videtur. Emptor emit domum liberam, quæ libertas hoc modo non debet interverti, & venditor imputare sibi debet, quod eam legem non dixit. Quid si Olympico jus plenum & perpetuum horrei sit legatum? Plura quæ habet Autumnus ad rem minus pertinentia non persequar, etsi ex illis concludit, ita fere, ut incepit; *Explorati juris est, heredem non posse transire per domum Olympici.* Nos Scævolæ responsum & æquitati consentaneum, nec juris rationi adversum putamus; quod *pace tanti Magistri*, qualem Autumnus se fert, qui Lectores audet increpare, quod suis, scripta ab aliis, præsertim à veteribus, præferre non verentur, dictum volumus.

Ulpianus Lib. 2. Instit.

Servitutes rusticorum prædiorum sunt hæ; Iter, Actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet Actum non habet; Qui actum habet & iter habet, etiam sine jumento. Via est jus eundi & agendi & ambulandi. Nam & iter & actum & se via continet l. 1. in pr. d. Servit. P. Rust.

1. Eadem scripta sunt à Justiniano, vel potius, hinc descripta, in *pr. Inst. de Servit.* nisi quod ibi post verba, *jumentum agendi*, additur, *vel vehiculi*, & quod ultima verba sic ibi habentur, *Nam & iter & actum via in se continet*, unde hunc locum emendare liceat, ut pro, & se, legamus, *in se* quod & crebro receptum est. Has definitiones, post Hotomannum, exagitat Ægidius Menagius in *Amænit. Jur. Civ. c. 54. epist. ad Fabrotum*, qui responsionem ei condixerat, quam extare non comperi. Sed Hotomannus *Comm. ad Inst.* primo definitionem itineris absurdi arguit; quod, cum is, qui Iter habet, jumento per illud vehi possit, agere tamen jumentum non possit. *Ergo qui iter habet*, inquit, *etsi jumento vehi possit, l. 12. d. S. R. P. tamen illud manu ducere non potest, quo quid stultius aut absurdius dici possit, non video: Reponendum igitur*, ARMENTUM. Qua voce cum grex pecudum significetur, illam Itineri non convenire perspicuum est. Sed est durum, tot loca de *jumento* consentientia statuere corrupta *d. l. 6. & pr. Inst. de Servit. l. 7. d. S. R. Pr. &c.* Forte non est vera, quam nectit Hotomannus, sequela; Iter non est jus agendi jumentum; Ergo equum, cui insederis, manu ducere non licet. Aliud enim est ducere jumentum cui insederis; aliud agere jumentum ante se, non unius duntaxat, sed *collectivè*, quot usu veniat. Agere jumentum onus portans, non est itineris; duci aliter equum à sessore, non est ideo prohibitum. Ergo magis est ut abstineamus emendatione.

2. Sed nec Actus definitione contentus est Hotomannus; quod sit, jus agendi ju-

di jumentum aut vehiculum: Vult ita Legi; Actus est jus agendi jumentum, *non etiam* vehiculum: quo facit, quod Basilici Actus definitionem ita vertunt, in *b. l. 1.* Πάροδός ἐστι, τὸ ἐλαύνειν θρέμμα ἢ ὑποζύγιον. *Actus est jus agendi pecus vel jumentum*; amoto vehiculo. Idem probari videtur ex *l. 13. d. Servit. Sed si jumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum, Actus videbitur acquisitus.* Neque tamen hæc emendatio admittenda videtur, quia nihil est certius, quam in Actu inesse jus agendi vehiculum *l. 7. l. 12. d. Serv. R. P. l. 11. Quemadm. Servit. Amitt.* Sed in *d. l. 13.* traditur exceptio; si tam angusti lòci demonstratio facta sit, ut jumentum eâ duci queat, non etiam vehiculum; quia tamen plus est quam Iter, adhuc Actum, etsi inperfectum, appellamus. Ergo male Hotomannus, ex imperfectione, ad naturam Actus argumentatur. Quod ad Basilicos attinet; Menagius pro θρέμμα, *pecus*, legendum in illis putat, ὄχημα, *vehiculum*, ut cum Ulpiano, Modestino, Marcello & Justiniano consentiant. Nisi quis ita putet, Græcos ὑποζύγιον *jumentum* ita accepisse, quemadmodum Romani veteres apud Gellium *l. 20. c. 1.* accepere *jumentum*, ut etiam *vectabulum: quod adjunctis pecoribus trahebatur*, comprehenderet: sed tu potius cum Menagio legas ὄχημα, censeo, pro θρέμμα; vel latinos conditores Juris præferre græculis Interpretibus non dubitabis.

3. Sequitur definitio Viæ, quod sit, *jus eundi & agendi & ambulandi*; contra quam Menagius duo profert argumenta censuræ, quibus à Fabroto responderi desiderat; *Ire aliud quidem est*, ait, *quam ambulare &c. Sed ad spatium, quod attinet, idem est, ire ac ambulare: atque eo factum existimo, ut Theophilus verbum ambulandi omiserit, certe Tribonianus id à verbo, eundi, separare non debuit, nec* τὸ agendi *inter utrumque collocasse. Quanto melius Βασιλικῶν Interpretes,* παριέναι καὶ διαβαδίζειν καὶ ἐλαύνειν? Admodum critica, id est, subtilis censura! Non negatur, τὸ *eundi & ambulandi* habere diversas significationes. Interpositio τοῦ *agendi* est omne Juris-consultorum crimen, quod Basilici vitarunt, dicendo, *eundi, ambulandi, agendi*. Etiam sanè Theophilus τὸ *eundi, ambulandi*, unâ voce περιπατεῖσθαι exprimens. At si *ambulare* differt ab *ire*, ut concedit Menagius, potuit absque ταυτολογίας ingredi definitionem: Ordinem autem verborum quis crimini vertat æquus lector, censuræve nota dignum putet? Maxime, cum nec ratio desit; Primo exprimitur, quid directè sit via, *Ire & agere* scilicet. Additur *ambulandi*, ut jus etiam redeundi & ultro citroque commeandi intelligatur. Ecquid in eo sit absurdi non video; ne dicam τὸ *ambulandi* melius & sonantius claudere colon, quod forte Criticus spernere non possit. Sed aliud Absurdum sequitur.

4. Secunda Menagii in viæ definitionem nota est, quod Via, præter jus eundi, ambulandi, etiam continet jus *vehendi*. Unde viam à vehendo appellatam, & primò *veham* dictam fuisse volunt Varro *d. Rerust. c. 2. lib. 4. de LL. & Isidor. l. 15. c. 16.* Quod tamen improbat Menagius, & viam vult esse dictam ab *in vado*, vel ab Οἶμα, græco *Viam* significante. Dein. *Quicquid sit, ineptè prorsus atque absurdè Tribonianum fecisse existimo*, ita pergit, *quod in Institutionibus, in quibus nihil obscuri, nihil ambigui, sed omnia clara & aperta esse debent; ut pote, quæ legitimæ scientiæ prima elementa complectuntur; Actum & Viam ita definiverit, ut non amplius sit in viâ quàm in Actu; quam tamen, Actum in se continere dixerat.* Atqui

non est hoc proprium Triboniani vitium; est commune cum Ulpiano in *hac l.* 1. Quod nec ab ipso primum, ab aliis pridem est animadversum, eique emendationibus succurrere visum, suffragantibus etiam aliis Codicibus; ut Via dicatur esse jus *vehundi & agendi & ambulandi*, prout Connanus, Donellus & Grotius *flor. sparf. ad tit. I. de Servit.* Vel hoc modo; *Jus eundi & agendi & avehendi, ut* Hotomannus 2. *Obs.* 21. Tunc enim plus est in viâ, quam in Actu, jus vehundi vel avehendi scilicet, & Menagii scrupulo de ordine verborum & repetitione interruptâ agendi, ambulandi satisfieret. Sed ipse Menagius hæc remedia adspernatur, & instat, absurdi arguere Tribonianum. Nos alioqui non alieni fuimus ab alterutra harum emendationum: Etsi verum est, illis receptis, non tolli hanc difficultatem; in definitione Viæ nihilo plus esse, quam in finitione Actus. Nam si τῷ *vehundi* vel *avehendi* addas, quid aliud habes, quam jus agendi vehiculum, quod est in Actu, & hujus definitionem ingreditur?

5. Nihilne igitur amplius est in viâ, quam in Actu? Est sane, ut prolixè Cujacius in *lib.* 22. *Obs. c.* 35. Vinnius in *comment. ad tit. I. de Servit. in pr.* Quid igitur *amplius est in viâ quam in Actu?* ait hic: *Primum hoc, quod via etiam iter in se ἐνοδῶς contineat, ut sine jure eundi per se, via intelligi aut constitui non possit: in quo specificè differt ab Actu, qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc quod via nunquam esse potest, sine jure ducendi vehiculum, Actus potest l.* 13. *d. Servit.* &c. *Illud omnino ex accidenti est, quod actus & via aliquando differunt latitudine*, addit. Bene hactenus; sed ego magis ita existimo; differentiam latitudinis inter Viam & Actum non esse ex accidenti, sed ex instituto magis essentiali, ut in civilibus esse potest, & specifico, quam sunt ea quæ Vinnius profert. Nam hæc differentia, quod via contineat iter *ἐνοδῶς essentialiter*, Actus saltem per consequentiam, non est popularis, sed metaphysica magis quam juridica; discrimen autem Viæ & Actus ejusmodi esse debet, ut à rusticis, quibus hæc serviunt, intelligi possit. Atqui talis est differentia latitudinis, quam in Actu Varro & Festus ajunt esse pedum quatuor, Via duplum ejus continet, ut tradit Isidorus l. 15. *Orig.* 16. *Via*, inquit, est, qua potest ire vehiculum, & Via dicta à vehiculorum incursu; Nam duos Actus capit, propter euntium & venientium vehiculorum incursum. Cum his convenit Cajus in *l.* 8. *d. S. P. R. Viæ latitudo ex L.* XII. *tabularum in porrectum pedes octo habet: in anfractum, id est, ubi flexum est, sedecim.* Quam vocat latitudinem legitimam Javolenus in *l.* 13. §. 2. *eod.* utpote à Lege XII. præscriptam. Quid solidius & civilius esset, quam in hac re differentiam statuere Specificam inter Actum & Viam? Longe, si quid judico, melius, quam in τῷ essentialiter & accidentaliter, ubi usus & effectus est idem.

6. Magis populare est, quod Actus aliquando potest esse sine vehiculo, Via nunquam: Quippe, cum hoc etiam majorem Viæ latitudinem supponat: Quemadmodum, & hæc; quod per viam lapides & tigna trahi, hasta recta ferri queant; per Actum non possint *l.* 7. *d. t. de S. R. P.* Hoc igitur mihi videtur esse confitendum, Potuisse viam clarius definiri, additâ latudinis differentia: quam tamen Auctores in conspectu habuisse puto in his ipsis definitionibus, dum Actum definiunt, Jus agendi jumentum VEL vehiculum; ut sciamus, Latitudinem quæ agendo pecori sufficiat, Actum constituere, etsi aliquando vehiculum quoque

reci-

recipiat. Viam vero definiunt absolute per jus Agendi, sine alternativa jumenti vel vehiculi, proinde tam vehiculi semper quam jumenti. Cui accedit in Viæ definitione jus ambulandi, diserte, quod in Actu saltem est tacitè, nec nisi per consequentiam, ut diximus è Cujacio & Vinnio.

7. Sed Antonius Faber 1. *Conject. ult.* aliter instituit; Putat Viam ab Actu evidentissime differre, per verbum *ambulandi*, Id est, ultro citroque commeandi. Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum. Via, jus eundi & agendi & ambulandi: Ita, *Ambulandi* jus est amplius in viâ, quam in Actu. Excipitur; Iter est jus ambulandi; Qui habet Actum, is etiam habet iter, *hac ipsâ l.* 1. Ergo & in Actu jus ambulandi est, nihilque amplius in Viâ, quam in Actu hactenus. Respondet Faber, In Actu est iter, sive, jus *eundi in agendo* pecore, non Iter, hoc est, propria Servitus eundi, ambulandi, id est, ultro citroque commeandi: quod de itinere accessorio in agendo pecore dici non possit. De hoc vero Paulum scribere, eum qui Actu legato, iter adimit, nihil ademisse videri, *l.* 1. *d. Adim. Legat.* cui Julianus consentiat in *l.* 58. *d. V. O.* eum qui stipulatus Actum, postea iter stipulatur, non magis utiliter stipulari, quam si decem stipulatus, postea quinque stipuletur; quia scilicet, iter in Actu contineatur, & ab eo sit inseparabile; quod nonnisi de illo itinere quod cum Actu conjunctum est, non de separata servitute sit accipiendum, cum hæc ab Actu omnino separari possit *l.* 4. §. 1. *Si servit. vind. l.* 11. §. *si quis iter d. Except. rei judic.* Huic expositioni satis ingeniosæ Faber obstare vidit verba hujus *l.* 1. *& pr. I. de Servit.* ubi Ulpianus & Justinianus ajunt disertè; Eum, qui habet Actum, & iter habere, *etiam sine jumento.* Sed Faber audacter hæc verba utrique loco appicta, delenda esse contendit, contra quàm Florentinus liber, & Basilici, & Theophilus; qui clare utrumque iter Actui inesse declarat, *δύναται γὰρ καὶ μόνος καὶ μετὰ ὑποζυγίου πορεύεσθαι. Potest enim & solus & cum jumento ire*, inquit. Ergo forte satius est, nihil mutare & in eo manere, quod diximus; Actum etiam Iter separatim continere, saltem per consequens. Etsi cum diserte qui accipit Actum, prohibetur ire seorsim, hæc prohibitio valeat, adeoque separatim haberi quoque possint *d. l.* 4. *& l.* 11. Tametsi, cum quis Actu legato, Iter adimit, nihil adimere videtur, non quod nullo modo separari possint, verum quia Iter non facit partem Actus essentialem, ac ideo per se non fuit legatum, Actu relicto; Proinde nec adimi potest ab Actu; Etsi quominus Servitutem eundi seorsim, si id expressum fuisset, prohibere potuerit, nihil obstet *arg. d. l.* 4. §. 1. *Servit. Vind.* Denique, in eo quod à nobis explicitum est, quandiu nihil melius profertur, subsistendum videtur.

8. Cæterum, discrimen inter Viam & Actum forte non est perpetuum, & sæpe crediderim, Veteres duabus contentos fuisse Servitutibus; Itinere & Actu, sive Viâ; quemadmodum apud nos sane hodieque usu venit, ut duæ tantum in usu sint distinctæ Servitutes; **Voet-padt / Reed en drift /** conjunctim; etsi Vinnius *ad d.* §. 1. *Inst.* aliter scribat, *Moribus nostris*, inquit, *tres diversæ servitutes sunt*; **Voet-padt / Rijd-padt / Dreef /** De quo viderint in Hollandiâ. Apud nos Actus & Viæ discrimen ignotum esse arbitror; nisi quatenus Actum, quo vehiculum duci nequeat, accipias. Sicubi talis sit, ab hoc Viam reipsa discrepare certum. Mihi vero nec apud Romanos, inquam, confusio Actus & Viæ nun-

quam usurpata fuisse videtur. Paulus, *Via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior potest, ut tamen latitudinem habeat, quâ vehiculum ire potest; alioquin iter erit, non via l. 23. in pr. d. S. R. P.* Nec forsitan hæc incertitudo nihil contulit ad incertudinem definitionum. Adde quæ dix. *part. 2. Digress. l. 2. c. 12. & seqq.* quibus hæc, & his illa, si cui vacet, illustrentur.

Neratius Lib. IV. Regularum.

Rusticorum prædiorum Servitutes sunt; Licere altius tollere, & officere Prætorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini Domum, vel Prætorium, vel protectum habere licere l. 2. d. Serv. Rust. Præd.

1. Minoris momenti quam molestiæ, difficultas hujus textus est ad Eunomiæ rationem. Quorsum enim hæc Neratii perversitas, inter species servitutum rusticarum ponere eas, quæ nonnisi urbanis prædiis deberi possunt, nec unquam aliter censentur §. 1. *Inst. de Servit.* Qualis hæc in Arte confusio? exempla unius, adscribere Speciei oppositæ? Non videmus id aliter expediri posse, quam hac viâ. Juris Ars est popularis, habens quidem terminos doctrinæ, quos in locis suis exacte servant Juris Auctores, alibi sæpe negligunt, & verba in usus populares flectunt, ubi ex professo de illis rebus non tractant. Exemplis id innumerabilibus constat; In quibus unum, quod præ manibus est, collocabo. Ædificia in agris sita sunt rustica, non urbana, proprietate vocum inspecta. Sed usu Juris Urbana prædia vocantur omnia ædificia continentia, ubicunque, in pagis etiam sita; usu & fine scilicet, maximè in Servitutibus, quemadmodum id explicitum est à nobis in *Prælect. ad tit. Inst. de Servit. n. 2. l. 4. §. 1. In quib. caus. pign. tac.* Ac ita Juris-Consulti satis æquabiliter, ubi de servitutum speciebus agunt, observant, ut per omnem *de Servit. Urb. præd.* titulum videre licet. Neratius vero in opere, quod scripsit *de Regulis Juris*, è quo hic locus est, sequendum putavit usum popularem, quo prædia rustica dicuntur omnia ruri sita, quibus easdem Servitutes competere posse docet, quas alioquin urbanorum esse prædiorum non ignorabat, idque voluit observari.

2. Quid autem, Estne licere altius tollere Servitus, ut hic ponitur? Imo libertas naturalis hæc est, licere altius tollere domum suam? ut probavimus ad *l.* 9. & 10. *d. S. U. P.* Novus error Neratii. Verba Antonii Matthæi *not. & animadv.* ad §. 2. *Inst. de Action. Erravit quoque Neratius in l. 2. d. S. R. P. vocans Servitutem, licere altius tollere.* Accursius valde impeditus est in hoc nodo solvendo, & habet tres solutiones, quarum nullam probare nobis licet. Sed est plane servitus hæc, Altius tollendi, duntaxat olim fuit, ut demonstravimus in *Prælect. ad tit. I. de Servit. n. 11.* Cum certa ædificiorum altitudo esset præscripta, quam sine vicinorum consensu egredi non liceret; ejusmodi consensu impetrato, constituta erat altius tollendi Servitus. Sic etiam per consequens, Licere officere Prætorio vicini, erat Servitus, quia tollendo altius tectum, quam erant vicina tecta, non parum illis officiebatur; quia veteres tecta constat habuisse plana, Spectando, precando, variisque familiæ usibus aptata; quas vicini altius tollendo corrumperent.

Si-

Si quis tamen ab hoc loco putet alienam non esse Bachovii sententiam, quod Servitus altius non tollendi & non officiendi, positivis sæpe verbis Altius Tollendi, & Officiendi luminibus designatæ fuerint, à diverso agendi modo formulâque negatoria & confessoriâ, non admodum reniti velim; etsi tamen, nullum unquam esse discrimen inter Servitutem Altius tollendi & non tollendi, Officiendi & non Officiendi, propterea concedere nolim.

Paulus Lib. 49. ad Edict.

Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quærere & inventam ducere liceat: Nam si liceat, nondum ædificato ædificio, Servitutem constituere; quare non æquè liceat, nondum inventâ, eandem constituere servitutem? Et, si, ut quærere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest. l. 10. d. Servit. Rust. Præd.

Labeo I. πιθανῶν, à Paulo Epitomatorum.

Si aqua nondum apparet, ejus iter ductus constitui non potest. Paulus; imo puto, idcirco id falsum esse, quia cedi potest, ut aquam quærere & inventam ducere liceat L. ult. D. Si servit. vind.

1. Hos textus ita committit Autumnus in *Censura suâ*, in quibus nihil tamen ad nostrum Eunomiæ institutum pertinens apparet, nisi quod Paulus in his locis contraria de Labeonis, quem oppugnat, sententia prædicat. Quod in eo, qui Labeonis libros in compendium redegit, non tam falsæ memoriæ, quam malitiæ imputandum videtur; ejusmodi, qualem Aristotelis inimici, ipsi exprobrarunt, quod veterum sententias refellens, parum fideliter ea retulerit, eorumque scripta Alexandri Auditoris sui potentiâ fretus, è medio sustulerit. Cujusmodi aliquid ne de Labeone præsumere necesse sit, Accursius *ad l.* 10. *h.* Labeonem sibi fuisse contrarium, ut qui aliquando variaverit, existimat: Etsi ne sic quidem Paulus omnino sit excusandus; quod in disputatione contra Labeonem arripuerit dictum, ab ipso jam retractatum. Sic igitur hæc res prætereunda non fuit, *hoc loco:* Cum alioqui Antinomias & earum conciliationes non attingamus; etsi primo nobis fuit propositum, illos textus, qui ex iisdem Auctoribus desumpti, videntur esse contrarii, vindicare veritati & concordiæ; quia sumus in hac hæresi, non esse tales locos in Jure sibi verè contrarios, & res haberet insigniorem Artis deformitatem, si non Tribonianus in compilandis duobus librorum millibus Pandectarum, sed ipse Papinianus, Paulus aut Ulpianus sibimet contradicerent. Sed in progressu operis, increscente genuinâ Censuræ materiâ, visum fuit hac esse contentis: Duntaxat, ubi insignis & perspicua deformitas ex illa contradictione se prodit, operam dabimus, ut illam removeamus; sicut hujus consilii rationem Autumno in his locis constitisse videmus. Id etiam obiter, velim observetur; quo pacto Veteres aliorum libros in compendia redigere soliti sint; scilicet, ut suas

etiam *ἐπικρίσεις*, censuras & rationes contrarias adjicerent; quod non tam est epitomatoris, quam Censoris & antagonistæ, qui in refutandis aliorum sententiis ita versetur, ut omnium primo eas per compendium referat & proponat. Sed videamus hanc Labeonis, an Pauli, quam mereatur, Censuram.

2. Species facti præsentis hæc est; Paterfamilias eget aquæ ad agros suos rigandos. Suspicatur in vicini fundo satis irriguo, latere adhuc venas aquæ vivæ. Stipulatur à vicino ut is sibi aquam in fundo quærere & inventam ducere permittat. Hoc Labeo fieri posse concedit, adeoque nondum inventa aqua, servitutem Aquæductus constituere, argumento ejus, quod jam proditum & receptum erat, nondum ædificatâ domo, servitutem ei tamen acquirere liceat; hactenus in *l.* 10. Sed in *l. ult.* suprà, secundo loco præscriptâ, negat idem Labeo, Aquâ nondum apparente, ejus iter ductum constitui posse, quod Paulus refutat. Goveanus *lib.* 1. *lect. Jur. c.* 17. *Hanc pugnam*, inquit, *ut conciliet Accursius, ait, Labeonem sibi contrarium fuisse.* Equidem si hoc est conciliare leges, quid sit antinomias statuere, nescio. Sed bene, quod Accursius non dicit, hoc se conciliandi causâ protulisse; quanquam & Wissembachius noster idem Goveani verbis adserit; Cujus & conciliationem, facillimus alioqui antinomiarum, amplectitur. Est autem hujusmodi; Goveanus. *Ego puto aliud esse Iter aquæ, aliud Aquæductum: Nam ex meo fonte aquæductum tibi cedere possum, licet per meum non ducas, hoc est, licet per meum tibi iter aquæ non dem. Itaque videmus sexcentis locis iter ab Aquæductu distingui.*

3. Si danda est opera, ne Labeo sibi contradixerit: Justum inter positiones ejus, quæ sunt in *d. l.* 10. *& l. ult.* discrimen oportet demonstretur, quod à Goveano, etsi hoc egerit, mihi non videtur esse factum. Iter ab aquæductu bifariam distinguitur; Vel enim significat jus eundi ad aquam hauriendam, *l.* 16. *Quemadmod. Servit. Amitt.* vel rivum, per quem aqua ducitur *l.* 19. *eod.* Et hoc posteriore sensu non discrepat ab Aquæductu in usu constituto; quia rivo sive itinere aquæ amisso, ipsa servitus amittitur *l.* 16. *d. tit.* Eodem sensu evidenter accipitur in hac *L. ult.* Proinde si rivus sit ipse Aquæductus actu constitutus, non potest fieri, ut Aquæductus in usu constitutus, sine rivo sive itinere esse dicatur. Quare si Labeo negat, iter aquæductus ante aquam apparentem, posse constitui, oportet æquè neget, Aquæductum, aquâ non apparente, constitui posse. Quod si *Goveanus* ita putet, iter aquæductus aliâ, quam per agrum concedentis aquæductum, regione posse constitui, non etiam per proprium servientis agrum, nulla talis differentiæ ratio idonea proferri posse videtur. Quid multis? Nihil simplicius & rectius est, quam distinguere, inter causam & modum acquirendi servitutem. Causa sit Pactis, stipulationibus, & Testamentis; Modus per Cessionem in Jure vel Præscriptionem, aut Patientiam usus, ut in loco communi *Inst. de Servitutibus*, dictum est. Causas, ante quam subjectum servitutis existat, contrahi nil vetat, ut effectus tamen ab actu secundo dependeat. Sed modi cum ipso actu secundo sive exercito coincidunt, nec possunt existere, nisi cum ipso servitutis usu. Constitutio est commune verbum tam causis quam modis, qui dicuntur. Sed constitutio itineris aquæductus, id est, rivi, per quem aqua fluat, non nisi ad modum, sive Actum secundum & exercitum referri potest.

4. Quando

4. Quando igitur Labeo statuit, in *l.* 10. servitutem Aquæductus ante aquam inventam constitui, hoc est, promitti posse actu primo; non ideo concessit, eum actu secundo & exercito, per modos servitutis ipsius usum exhibentes, acquiri posse: Atqui rivus sive iter aquæductus ad modos, actumque pertinet exercitum; quem in *l. ult.* negans Labeo, non ideo sibi contradicit in *l.* 10. ubi de actu primo constitutionis, sive de promissione loquitur. Quemadmodum in eodem Textu, adserens; Domibus imponi posse, nondum ædificatis servitutes, de promissione tantum, non de actuali acquisitione sine dubio intelligendus est; ac ideo neutiquam sibi repugnaret, si alibi servitutem domui necdum ædificatæ imponi posse negaret, actu videlicet secundo & exercito. Atque hinc forte non immerito ambigi posset, num satis peremptoria sit ratio Pauli Labeonem refellentis, ex eo, quod ille concesserat, servitutem posse constitui, ut aquam quærere & inventam ducere liceat, inde sequi, iter etiam ductus aquæ constitui, id est, rivum quo ducatur aqua, deprimi & effodi. Si enim Labeo senserit, hoc ad modum acquirendæ servitutis immediatum pertinere, non erat necesse, ut concedendo promissionem, id est, causam remotam servitutis, antequam extaret aqua, simul ad executionem & actualem acquisitionem Aquæductus procedi posse statueret; cum satis evidens inter ea discrimen sit, & Constitutio servitutis per promissionem sæpe fiat, quam Acquisitio nunquam sequitur; Ut si domui nondum ædificatæ servitus constituatur, neque tamen postea Domum ædificari contingat. Sed ne hoc ad novam in Paulum censuram tendere videatur, eam rem juris periti Lectoris arbitrio committemus.

5. Legem 5. *Comm. Præd.* quam Autumnus etiam impugnat, prætervehimur, quia tanti rationes ejus non videntur, ut cordato Lectori scrupulum relinquere possint.

Paulus Lib. VI. ad Sabin.

Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere, petere possunt; quia ita dari eis potest a te: ne, si stipulator viæ plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat l. 19. *d. Serv. P. R.*

1. Hujus loci argumentum improbat ac rejicit à moribus hodiernis Groenewegius, quoniam hodie quis alteri stipulari possit, ideoque etiam socius socio; Juris Civilis autem rationem, quæ vetat aliis per alium acquiri obligationes, quia obligationes sunt inventæ, ut unusquisque acquirat, quod sua interest, futilem vocat ad §. 19. *Inst. de Inutil. stipul.* Sed ipse, nisi fallor, hac parte Censor imprudentiam Juris sui detegit, quod hujus decisionis, quâ unus è sociis non potest fundo communi servitutem acquirere, putat eandem esse rationem, quâ jus Civile non probat, alii per alium acquiri obligationem. Etsi enim hujus quoque doctrinæ rationem adversus ejus censuram putem rectâ viâ defendi posse, quominus id tamen hoc loco peragam, facit, quod Paulus ad illam rationem minime respexerit, sed aliam in conspectu habuerit; hanc videlicet, quod Servitus non recipiat

piat facultatem, uti per partes constituatur, quia cum natura ejus incorporalis sit ac individua, per rerum naturam fieri non potest, ut in partes separetur, & per partes vel acquiratur, vel amittatur. Quod nec aliter in usu populari sensuque communi se habere paulo inferius demonstrabitur, ad *l. ult. Comm. Præd.* Quam convenientiam cum usu naturâque negotii Paulus hoc etiam loco dextre indicat, quando rationem, cur unus è sociis servitutem acquirere non possit, *hanc reddit*, quod nec ei, pro parte scilicet, *dari possit*, adeoque res effectum habere nequeat. Quid enim, si unus servitutem pro sua parte stipulatus, promissor eum patiatur uti servitute, quæ est traditionis loco *l. ult. d. Serv.* num quid is pro suâ tantum parte utetur? Ubinam est ejus pars, nam fundum habent communem pro indiviso & omnes glebæ serviunt, ut ad *d. l. ult.* videbimus. Cum igitur partes non sint distinctæ, fieri nec potest, ut pro parte servitus detur, sed tota erit in toto fundo: quod cum adversetur naturæ stipulationis pro parte factæ, nihil superest, quam ut actus sit τῶν ἀδυνάτων & ipso jure nullus. Est igitur error elenchi, quem vocant in Censore Belga, qui consentientem laudat Autumnum, ut solet, ac Imbertum *Enchirid.* in quo id non *reperio*, nec quidem in Autumno ejus. Maneat igitur proprius Groenew. error. Cæterum verba textus, *quia ita dari potest à te*, Faber emendat; *legendo quia tota dari eis potest* (nisi mendum sit in Fabro, ut videtur, *tota* pro *ita*) voculas *à te* putat esse spurias, ut in vetere vulgata desunt; quia cuncta priora sunt in tertia personâ. Mihi non displicet pro, *à te*, quod reverà est ἀπροσδιόνυσον legi iter, hoc modo *quia ita dari eis potest iter*; de quo agitur in textu.

Pomponius Lib. XXXIII. ad Sabinum.

Ex meo Aquæductu Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam Servitus acquisita sit, uti ea possit; Proculi sententia verior est. l. 24. d S. R. P.

1. Hanc Proculi animadversionem doctissimi Interpretes abruptam & inhumanam putant. Ideoque Hottomanus *Obs. lib. 8. c. 14.* auctoritate Haloandri (*verba sunt ipsa Autumni ad h. l.*) particulam *contra*, detrahit ex *hac lege*, cui adstipulatur Gotofredus ad *h. l. 24.* idque probare nititur ex *l. 4. d. Aquâ quotid. & æst.* quæ nihil pene facit ad quæstionem Pomponii. Ego vero, ait Autumnus, secundam partem Legis *Ex meo*, cum particula *contra*, moribus nostris adversari reor; *non è statutis, vel rebus judicatu, quod æquitati putet adversam*, sed hac ratione, quia nihil interest illius, qui mihi debet servitutem, an ex meo aquæductu, vicino commodem, dummodo id fiat sine damno; *hactenus Autumnus.* Sed Gotofredus, pro *contra* legit, *ita*, pari sensu, quo reliqui Censores. Auget censuræ rationem, quod Servitus omnis habere debet causam perpetuam, & Aquæductus nonnisi è fonte, flumine, vel aquâ vivâ & perpetuâ concedi potest; è lacu vel stagno, non potest, quia lacus & stagna possunt exhauriri: Proinde, quid interest ejus, cujus est aqua, si is qui aquæductum inde acquisivit, aquam alteri gratis concedat? Quid est innocentius, quam ejusmodi communicatio aquæ,

rei,

rei, quam natura maximè communem hominibus esse voluit? Talis beneficii copiam, nescio cujus subiilitatis causâ præcidere, calumniosum & incivile, si quicquam aliud, esse videtur.

2. Sed videamus, an hæc res ab alio latere adspici non possit. Servitutes detrahunt libertati dominiorum, ideoque plus quam in iis expresse inest, trahere non debent. Non potest serviens modum servitutis mutare, vel ejus usum adaugere *l.* 10. §. 1. *l.* 11. *in pr. Quib. mod. servit. amitt.* Nec in universum amplius quam ad usum prædii Dominantis adhiberi potest *l.* 5. *d. S. P. R.* Nominatim, qui habet aquæductum, non potest ex rivo, id est, aquæductus itinere, aquæhaustum alii concedere *l.* 33. §. 1. *h. t.* Verum est, hic non de cedenda, sed de commodanda saltem aquâ sermonem esse, de *commodanda cuilibet vicino*, habetur in textu. Ergo non agitur de uno actu, & an haustus aquæ subinde vicino concedi possit; hoc vere foret incivile, negare modicum aquæ ex rivo aquæductus, qui jure servitutis habetur: sed Labeo concessit libertatem cuilibet vicino commodandi ex aquæductu. Quid hoc in effectu distat ab actu cedendi aquæ haustum, & fructum vel servitutem servitutis constituendi, quod prohibitum esse non dubitatur *d. l.* 33. §. 1. de quo vid. Fabrum 5. *Conj.* 11. Præter quod Labeo non de aquæ haustu, cujus usus in actibus interruptis consistit, sed de *commodando ex aquæductu* loquitur; quod in eodem genere videtur accipiendum, ut ex aquæductu aliud modicum iter aquæ ducendæ vicino commodetur, quod tantum non esset è servitute servitutem constituere, contra *d. l.* 33. Neque si maxime aqua esset viva & perpetua, talis mutatio in servitute toleranda foret. Cui accedit, quod aqua viva, qualis est fluvii aut fontis privati, non est infinita, ut nullo modo exhauriri possit; Nam etiam fons, ex quo alius aquæductum habet, exarescere potest *l.* 34. §. 1. *d. S. R. P.* Et hoc evidenti incommodo promiscua commodandi licentia directe adfici posset. Non est igitur, quod Proculus sententiam Labeonis attemperasse videatur usui servitutis; quasi commodatum ita sit licitum, si modo in aliam partem fundi dominantis, quam servitus constituta est, aqua non ducatur. Hæc enim limitatio non tolleret incommodum, quo servitus gravior fieret & caput aquæ facilius exhauriri posset. Magis est, ut Proculus à Labeone merito dissenserit, idque Pomponius referendo approbaverit in *h. l.* 24.

Paulus Lib. 47. ad Edict.

Si via, iter, aquæductus legetur simpliciter per fundum, facultas est heredi, per quam partem fundi velit, constituere Servitutem, si modo nulla captio Legatario sit in servitute l. 26. *d. S. R. P.*

1. Hunc etiam textum, cum aliis ejusdem argumenti collatum Autumnus trahit in argumentum censuræ, quod *veteres Legum conditores* ait, *multa contra communes æquitatis regulas statuerint.* Cum enim hæc natura servitutis sit, ut per totum diffusa fundum, tota sit in toto fundo & tanquam incorporale jus, etiam tota in singulis fundi partibus, adeo ut omnes glebæ serviant *l.* 13. §. 1. *d. S. R. P.* contra rationem videtur, ut heres, hoc est, qui debet servitutem, præscribat

Dominanti, quâ parte fundi servitutem exerceri velit. Siquidem & alibi disertè scriptum est, quando simpliciter via per fundum ceditur, quod tunc in infinitum, id est, per quamlibet ejus partem ire agere liceat *l. 9. d. Serv.* Hoc ita sub duplici limitatione: prima, ne captet locum servitutis exercendæ importunum dominans, ut si per ipsam villam, aut medias vineas iter actum ve dirigere velit; hoc enim incivile taciteque satis exceptum videtur. Altera limitatio, ut quà primum Dominans viam direxerit, ea porro ire agere debeat, nec amplius mutandi facultatem habeat *d. l. 9.* Et hanc quidem dominanti esse facultatem, juris & æquitatis ratio dictare videtur. Sed Paulus in hac *l. 26.* servienti hanc ipsam facultatem, sub eâdem limitatione, ne qua fiat incivilis captio, adscribit: quod etsi ad antinomicum magis quam ad Eunomicum institutum spectare videtur, attamen & æquitati reique naturæ adversum videtur, eoque à Censore Gallo refertur. Dicam breviter; Regula prima & summa est, quam posuimus; omnes glebæ fundi subjecti serviunt dominanti, sed in exercitio faciendum est, ut locus certus determinetur; quod quidem determinandi jus primo & naturaliter competit dominanti. Quia tamen nihilo plus ille, quam certum in actu secundo & commodum potest obtinere locum; non est incivile, præventioni locum facere, ut si dominus servientis fundi, commodum ipsi locum, in quo nulla sit captio, præmonstret, eumque designet, nihil habeat alter, de quo conqueratur, *h. l. 26.* Ut tamen in conflictu, si pariter ad loci determinationem procedant, dominanti per, & secundum ea, quæ diximus, prærogativa deberi videatur. Atque eo modo tam Eunomiæ quam Antinomiæ consuli posse videtur, ut jam diximus summatim *in Prælect. ad tit. Comm. Præd.*

Javolenus Lib. 2. Epist.

Proprium solum vendo, an Servitutem talem injungere possim, ut mihi & vicino serviat? Similiter, si commune solum vendo, ut mihi & socio serviat, an consequi possim? Respondi, servitutem recipere, nisi sibi, nemo potest. Adjectio itaque vicini pro supervacuo habenda est: ita, ut tota servitus ad eum, qui recepit, pertineat. Solum autem commune vendendo, ut mihi & socio serviat, efficere non possum, quia per unum socium Communi solo servitus acquiri non potest l. 5. Comm. Præd.

1. Quod ad posteriorem loci quæstionem attinet, de servitute ab uno è sociis communi fundo acquisitâ, huic ad *l. 19. d. S. P. R.* satisfactum est. In priori parte legis est illa species, quam Groenewegius ad *d. l. 19.* præposterâ damnavit censurâ; cum ibi de hoc argumento, an alius alii servitutem stipulari possit, non ageretur; sed tantum, an servitus pro parte constitui queat. Priorem igitur Javoleni sententiam duabus Autumnus rationibus & unius argumento textus oppugnat. Primam ita exponit, *quia viliori pretio venditum est solum, propter impositam servitutem, non dubitatur, servitutem talem vicino constitui posse*, sed negatur connexum; non apparet ratio consequentiæ; nisi quid usu veniet inferius. Secundo loco dicit obstare, quod ab Ulpiano, juri & æquitati convenienter è Pomponio sit traditum in *l. 6. §. 3. h. t.* Vendit aliquis ædes, eâ lege, ut serviant; potest vel

servas

servas facere suis vel vicini ædibus: Directe, ut videtur, contra quam in *hac l.* 5. quæ negat, aliquem vicino acquirere posse servitutem. Sed interest, utrum aliquis jure Dominii ædibus adhuc suis imponat, in gratiam vicini, servitutem, quod fit in *l.* 6. §. 3. antequam venditor adhuc ædes tradat, adeoque dum adhuc est Dominus; an vero stipuletur venditor ab emptore servitutem vicino, ut ego *l.* 5. accipio; Id enim ex disciplinâ Juris Romani non habet facultatem, propter regulam, quod alius alii stipulari non possit §. *si quis alii* 4. & §. *Alteri* 18. *I. de Inutil. stip. l.* 38. §. 17. *d. V. O.* Sed hanc regulam ut Groenewegium suprà damnantem & exsibilantem audivimus, ita eandem Autumnus ab usu hominum removet. Sed cum hæc res ad alium locum pertineat, ejus regulæ vindicias, usque dum in sede suâ nobis occurrat, differemus. Heic instantiæ satisfaciendum tali; Alius alii non potest stipulari, quatenus stipulantis non interest; ubi vero interest stipulantis, ibi stipulatio valet *d.* §. 18. Atqui hic stipulantis interest, quia venditor idemque stipulator fundum ideo minoris vendidit, ut in simili argumentatur Papinianus in *l.* 6. *in fin. d. Serv. export.* Verum enim vero, non quod libet id quod interest, facit, ut alius alii stipulari possit, verum id, per quod agitur, ut aliquid stipulanti acquiratur *d.* §. 18. quod fit in eâ specie, quâ venditor domum minoris vendidit, ut emptor ædes servas esse pateretur, itaque illas haberet, possideret. Cæterum, istam regulam Juris Romani ipso jure naturæ niti, in loco suo demonstrabitur.

Paulus Lib. 1. Manualium.

Receptum est, ut plures domini & non pariter cedentes, servitutes imponant vel acquirant: Ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur, perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. Et ideo si is qui primum cessit, alia genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cessit, nihil agetur. Cum enim postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur, sed perinde habetur atque si post, cum postremus cedit, omnes cessissent. Igitur rursus, hic actus pendebit, donec novus socius cedat. Idem juris est, &, si uni ex Dominis cedatur, deinde in personâ socii aliquid horum acciderit. Ergo & ex diverso, si ei qui non cessit, aliquid tale contigerit, ex integro omnes cedere debebunt. Tantum enim tempus eis remissum est, quo dare, facere possunt, vel diversis temporibus possint: & ideo non potest unus vel uni cedere. Idemque dicendum est; etsi alter cedat, alter leget servitutes. Nam si omnes socii legent servitutes, & pariter eorum adeatur hereditas, potest dici, utile esse legatum: si diversis temporibus, inutiliter dies Legati cedit. Nec enim sicut viventium, ita & defunctorum actus suspendi receptum est, l. ult. Communia Prædior.

1. Satis in hac disputatione Pauli, subtilitatis esse, Lectio ejus abunde probat. Et Groenewegius Censor Juris, cum in contrariam partem disseruisset: *Hæc quidem*, inquit, *explosâ hujus Legis scrupulosâ subtilitate, nostrorum morum simplicitati magis consentanea esse censeo. De bonâ fide apud nos agi solet, cui non convenit, de apicibus juris disputare l.* 29. §. 4. *d. Mandat.* Sane ita; si bona fides apicesque juris inter se confligant, fides subtilitati præstat; sed Cavendum, ne sub præ-

textu æquitatis, Jurisprudentia ab hominibus olim sapientissimis elaborata in arbitrariam praxin & infinitam incertitudinem dissolvatur. Nec video scriptores gravissimos, etiam pragmaticos, Mornacium, Molinæum, Brunnemannum, aliosque tam superciliose de hujus Legis argumento sentientes. Cardo negotii vertitur in regulâ, quod Servitus ut incorporalis, sit individua, & tota per singulas fundi partes diffusa, ut omnes glebæ serviant *l.* 13. §. 1. *d. S. R.* Unde pro parte servitus nec constitui nec finiri potest *l.* 11. *d. Servit. l.* 27. *d. V. O.* Ideoque si unus è Sociis alteri Servitutem cedat, ea cessio inutilis & evanida est *l.* 2. *d. Servit.* & si unus servitutem stipuletur, æque res caret effectu *l.* 19. *d. S. R. P.* Scilicet, unius concessio vel stipulatio tantisper in suspenso est, donec omnes consentiant, & tunc ultima demum cessione præcedentes confirmantur *d. l.* 11. *& h. l. ult.* In quibus noli credere, subtilitatem esse philosophicam; est necessaria incorporalis rei proprietas & consecutio civilis: Per rerum naturam enim res incorporalis non habet partes, nec in eas dividi potest; & si mente partitionem fingere velis, ut sane obligatio, Actio, Dominium recipit aliquas partes, id in Servitute non habere facultatem, reperies. Quid enim? Tu cedis alteri jus itineris in fundo mihi tecum communi pro indiviso, quomodo ibit ille, nisi per meas æquè glebas atque per tuas? Quod fieri non potest, me invito, absque injuria. Rursus; Aliquis habet servitutem itineris per fundum mihi & tibi communem: Ille tibi remittit servitutem. Per meas tamen glebas, cum mihi non remiserit, ire potest; quæ nempe sunt eædem tuæ, pro natura communionis ex indiviso. Cum igitur unius cessio nonnisi ex omnium conjunctione valeat, non potest aliter fieri, quam ut uno qui cessit, moriente, vel alienante suam partem, cessio prior evanescat. Nec si dein, alter aut reliqui cedant, conjunctio prioris, quæ jam extincta fuit, committi potest, sed novi socii rursus in constituenda Servitute concurrere debent. Quamdiu tamen ille qui cessit prior, vivit, reliquis addentibus consensum, fit, inquam, conjunctio immediate, quia primi cedentis voluntas adhuc durat. Morte non durat, nec in heredes transit, quia non fuit jus constitutum. Unde si duo legent servitutem socii, moriente primo, legatum servitutis, pro ipsius parte relictum intercidit; Ac ita nec alterius legatum, pro altera parte, cum priore conjungi potest; cum voluntas mortui non duret, quemadmodum viventis durat, idque Paulus indicat in fine L. his verbis, *Nec enim sicut viventium, ita & defunctorum actus suspendi receptum est.* Hæc aliter se habere non posse, non modo philosophia juris, sed etiam ratio popularis & natura negotii docent.

2. Non omisere tamen Juris auctores, si quid æquitas præ stricta rerum proprietate requireret, neque tamen eam tolleret, id supplere, superaddere; quo pertinent duæ Regulæ 1. Qui pro suâ parte Servitutem in fundo communi concessit, etsi ad servitutem constituendam solius voluntas ipsius non sufficiat; quamdiu tamen res in suspenso est, ipse non potest impedire, quominus ille, cui servitutem pro parte concessit, eam exerceat; alter socius omnino se opponet recte; sed bona fides non patitur, ut is qui voluntatem suam professus est, ei contradicat *d. l.* 11. *d. Servit.* Regula 11. Etsi legata servitus à duobus diverso tempore mortuis non valeat, si tamen amborum hereditas uno tempore adeatur, ex post facto servitus convalescit, in *h. l. ult. sub fin.* Quæ præter hæc, vel excipiuntur vel objiciuntur

tiuntur arbitrariæ inventionis, ea Censoribus, sua commenta solidissimo veterum systemati præferentibus relinquemus. Quale, quod Groenewegius objicit *ex l. 143. d. R. J.* Quod *ipsis qui contraxerunt, obstat, & successoribus eorum obstabit.* Nisi præsumptio censuræ aliquid auctoritatis hominibus daret, quis hoc dignum responso judicaret? Ex contractu quilibet heredem suum relinquit obligatum, si jus perfectum contractu comprehensum sit. Jus non quæsitum, quale Servitus pro parte constituta, ad heredem transmitti non potuit. Una est objectio, contra id quod ait Paulus, viventium actus suspendi, morientium non suspendi, *ex l. 26. d. Stipul. serv.* Ubi docet idem Paulus, stipulationem non suspendi, sed ex præsenti vires capere. Legati verò diem non statim cedere; quam cur atrocem antinomiam vocaverit Molinæus, referente D. Wissembachio *ad h. t.* parum animadverto. Agit enim *l. 26.* de die legati cedente, qui est, cum aditur hereditas. Stipulationis puræ dies statim cedit, quid hoc ad præsentem disputationem? Est equidem illa species repugnantiæ; Lex *ultima* nititur hac hypothesi, quod actus inter vivos suspendantur, ultimæ voluntates non recipiant suspensionem, cum in *d. l. 26.* Sipulationes, quæ sunt actus inter vivos, ex præsenti vires capiant. Si hæc eodem respectu dicantur, contraria fuerint. Sed in *l. 26.* non agitur de valore stipulationis quæ pro parte fit, super re individua sed quemadmodum in *d. l. ult.* de stipulatione totius ab uno facta; Si priore modo fieret stipulatio ab uno de re individua, cum alio communi, non diceret JCtus, è præsenti vires capere stipulationem; quod dicit in *d. l. ult.* Scilicet, de originali valore stipulationis ab uno de re sua factæ; cum ultimæ voluntates suspendantur à morte & aliquando ab adita hereditate. Disputatio de jure individuo à duobus seorsim constituto est propria *d. l. ult.* cum qua nihil habet commune argumentum *d. l. 26.* Juris-Consultorum ratio in hac de servitutum constitutione doctrinâ, prudens & solida est. Æquitas cerebrina pragmaticorum plerumque ad evertendam genuinæ jurisprudentiæ disciplinam comparata est, nec alia major antiquæ sapientiæ pestis ex inscitia & arrogantia prodiit in ultimis seculis.

Ulpianus Lib. XVII. ad Edict.

Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se, ex tabernâ casearià fumum in superiora ædificia jure immitti posse, nisi ei rei servitus talis admittatur: idemque ait, & ex superiore in inferiora, non aquam, non quid aliud immitti licet: In suo enim hactenus alii facere licet, quatenus nihil in alienum immittat: Fumi autem, sicut aquæ, esse immissionem; posse igitur superiorem cum inferiore agere, jus illi non esse id ita facere; Alfenum denique scribere ait, posse ita agi, jus illi non esse, in suo lapidem cædere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo, eum: qui tabernam casearìam è Minturnensibus conduxit, à superiore prohiberi posse, fumum immittere. Sed Minturnenseis ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit, cum eo, qui eum fumum immittat, jus ei non esse, fumum immittere. Ergo per contrarium, agi poterit, jus esse fumum immittere, quod & ipsum videtur Aristo probare. Sed & Inter-

 dictum

dictum Uti possidetis potest locum habere; si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti; l. 8. §. 4. *Si Servit. Vind.*

1. In hoc loco esse contradictionem censet Autumnus, quæ *viro tam excellentis ingenii*, qualis Ulpianus sit, adscribi non possit, ideoque in Tribonianum faba cuditur. *Ex his satis apparet*, ait Autumnus, *Tribonianum aut non intellexisse quæstionem propositam ab Ulpiano, aut sententiam Aristonis malè retulisse.* Cur autem ita existimandum sit, eo modo demonstrat, ut ipse sententiam Aristonis, aut sane Ulpiani male percepisse videatur. Contradictionem in eo ponit, quod primo quidem is qui ex inferiore domo fumum in superiorem immittit, prohiberi posse dicitur; dein vero sic agi posse docetur, *jus esse fumum immittendi.* Si hæ positiones eidem secundum idem tribuantur, haud dubiè contradictoriæ fuerint. Sed nec verba prohibent, & res jubet, prohibitionem habere locum, quando nulla servitus fumi constituta fuit, actione negatoriâ; *tu non habes jus fumi immittendi.* Hæc agendi facultas arguit, actionem quoque oppositam dari posse inferiori, scil. Confessoriam, *Est mihi jus fumi immittendi*; si nimirum Servitus constituta fuerit. Autumnus etiam sine Servitute, sic agere licere putat, ex ultimis verbis, quæ statim subjiciuntur iis, quibus fumum immittere licere scriptum est; Dari etiam judicium retinendæ possessionis, ei, qui fumum ex habitatione suâ emittere prohibetur, quasi malè impediatur in suo facere, quod expediat: rectè, si alterius habitationem non infestaret, ut certe fumum in superiorem immittendo contignationem, faceret. Idcirco Interdictum, de superiori inquilino, qui fumo vexatur, accipiendum; vel de inferiore habente servitutem. Et sic nulla species contradictionis. Cætera, ad usum hujus servitutis spectantia, cum ab hoc instituto aliena sint, ex aliorum petenda commentariis relinquemus.

Ulpianus Lib. LIII. ad Edict.

Si quis diuturno usu & longâ quasi possessione jus aquæ ducendæ nanctus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse l. 10. *in pr. Si servit. vind.*

1. Quantis Philosophorum & Theologorum, quin etiam quorundam Jure-Consultorum objectionibus exposita sit Usucapionis doctrina, in loco suo videbimus. Aliquanto magis enorme & iniquum id esse videtur, quod servitutes acquiruntur solo Usu, sine requisito bonæ fidei, justi tituli vel etiam scientiæ Domini, ut ex *hac L.* 10. probari solitum est, idque ita verè fieri ex sententia Legum, valide demonstravit Anton. Faber 19. *Conject. c.* 9. 10. *&* 11. Bronchorst. 1. *Antinom.* 39. Wissembach. *ad tit. Inst. de Servit. n.* 30. & nos in *Prælect. ad d. Tit. n. ult.* Atqui in Usucapionibus requiri bonam fidem justumque titulum constat, & tamen impietatis à multis accusatur, quod Dominus sine suo facto rei suæ dominio privatur: quanto magis absurdum injustumque, Servitutes more Prædonum acquiri? Nam prædones in Jure vocari notum est, eos qui non tantum bonâ fide,

sed

ſed etiam titulo carent juſto *l.* 11. §. *ult. & ll. ſeqq. d. Hered. pet.* Propterea graviſſimus JCtus Bernhardus Schotanus *in exam. Jur. ad tit. d. Servit.* ita hunc textum accipit, ut ſolummodo exinde poſſit inferri, *non deſiderari* quidem, *ut titulus & fides probetur, ſed nequaquam rejici titulum*; *Aliud enim eſſe non probari debere, aliud non requiri titulum:* Sed, hoc quidem ſubtilius quam res ferat, eſſe videtur. Nam quicquid facti cum ſit, non requiritur ut probetur, hoc ad meritum cauſæ neceſſariò non pertinet. Contra, quicquid ad rei naturam atque deciſionem pertinet, hoc ſi facti ſit, neceſſario probandum eſſe, nemo, ſi recte puto, negabit. Etſi verum eſt, hac de re nonniſi poſt abſolutam præſcriptionem quæri, & poſſe dici, conſenſum ejus qui ſervitutem debet, ex uſu tot annorum nec vi, nec clam, nec precario facto præſumi potius, quam non curari. Attamen à lege bonam fidem non requiri omnino fatendum eſt.

2. Non deſunt etiam, quibus ex aliis juris locis, titulus juſtus & bonum initium requiri videtur, in qua ſententia fuerunt olim viri egregii Duarenus & Hotomannus; qui refelluntur à Bachovio *Diſ.* 3. *d. Action. th.* 6. *in exeg.* Giphanio ad *l.* 1. *C. de Servit.* Wiſſembachio *d. th.* 30. Quæ ut à nobis recenſeantur, cum tralatitia ſint, hujus inſtituti ratio & moles operis non permittit. Sed hoc, quod de ſcientiâ diximus, eam non requiri, repugnantiam ſui præ ſe ferre videtur; Quippe cum requiritur, ne quis ſervitute clam uſus ſit, eo illud ipſum, quod ſciente Domino exercuerit, ſupponi videtur; Præter quod multi qui titulum bonamque fidem, in præſcriptione ſervitutum tranſmittunt, Scientiam tamen requirunt. Sed quod attinet ad contradictionem in adjecto, ut vocant, hæc ſolvitur, explicatione ejus, quid clam ſit; ſiquidem qui celat adverſarium, cui denuntiandum erat *l.* 3. §. *ult. Quod vi aut clam*, latenter & furtivè, is demum facit clam *l.* 6. *d. Acquir. poſſ. l.* 14. *d. Adminiſtr. Tut.* Proinde, qui in media luce per alienum fundum ivit, egit, per conſtitutum tempus; qui aperte aliquid ſupra alterius ſolum projicit, hic etſi Dominus vicini prædii id ignorat, quid tamen clam facere dicendus eſt? Ipſa hujus quæſiti momenta, ſitne ſcientia Domini, ſecundum leges, neceſſaria, vel ſecus, ad Wiſſembachium noſtrum remittemus, qui ad diſſentientium argumenta reſpondet, in *d. Diſp. ad Inſt. th.* 13. & ad *Pandect. h. t. th.* 22. & 23.

3. Quod ad Eunomiam attinet, minus in ſcientia Domini videtur eſſe difficultatis, quam in bona fide tituloque juſto; quia ſcientiam ejus cujus intereſt, nec in Uſucapione requiri notum eſt *l. un. C. de Uſucap. transform.* Ideoque ad iſtum quaſi locum communem, hæc diſquiſitio referri poteſt. De bona fide tituloque in hac præſcriptione neglecto, videtur hæc eſſe ratio; quod uſus ſervitutum non vi, non clam, non precario tot annis exercitatus, non ſine tacito vicinorum conſenſu videtur eſſe inchoatus, vel ſaltem continuatus. Quoniam ſæpe uſu venire videmus, ut metu rixarum, vicini nolint ſibi invicem tantillum commodi, quantum plerumque vertitur in his ſervitutibus, claudier. Ideoque nullâ per integri lapſum decennii interpellatione factâ, partes in illo uſu videntur acquieviſſe. Quæ præſumptio tituli bonæque fidei, nec non ſcientiæ vicem haud immerito præſtat. Denique, talia poſt longi temporis uſum, nullo trium illorum vitio infectum, in controverſiam vocari, bono publico, & quieti civium, quam nihil hiſce vitilitigiis crebrius turbat, adverſum videtur. Eaque ratio ſine dubio fecit, ut hæc ſenten-

ſententia in uſu Fori noſtri aliorumque invaluerit, omnique die in viridi ſit obſervantiâ, teſte *Brunnem. ad h. l.* 10. De bona Fide hac in parte nonnihil adhuc ſe offeret in *l.* 24. *&* 25. *Quemadm. ſerv. amitt.*

Juſtinianus Cæſar.

Si quis intendat, jus non eſſe adverſario, utendi, fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi proſpiciendive, vel projiciendi immittendive, iſtæ quoque actiones in rem ſunt, ſed negativæ. §. 2. *Inſt. de Action.*

1. Verborum figurâ deceptus hic videtur Tribonianus, ut actionem Negatoriam appellaverit eam, quæ verè eſt Confeſſoria. Nam quicunque dicit, vicinum non habere jus altius tollendi, quod abſque ſervitute cuilibet liberum eſt facere, ut ad *l.* 9. *&* 10. *d. Servit. U. P.* demonſtravimus, is ait, vicini domum ſuæ domui ſervire. Cui cum ſe alter opponit, & dicit, *ego poſſum altius tollere* domum meam; ille reverâ negat, domum ſuam debere ſervitutem, & ſic verbis utens poſitivis, actionem re ipsâ negatoriam inſtituit *l.* 4. §. 7. *D. Si ſervit. vind.* Contra, quam Juſtinianus paulo ſuperius *hoc ipſo* §. 2. formulam altius tollendi retulit ad Actionem Confeſſoriam. Quid igitur, adeone pueriliter lapſus eſt Tribonianus? Ita ferè Anton. Matthæus in *not. & animadv. ad h.* §. 2. Ubi, *Magna ergo eſt*, inquit, *Triboniani inſcitia, quod exemplum hoc admiſcuit actioni confeſſoriæ, quod ad negatoriam pertinet.* Item, quod in his verbis, *altius non tollendi* eſſe vim negatoriæ, dixit, quæ Confeſſoria, inquam, eſt: Adeo ut *hæc exempla viderentur eſſe tranſponenda.* Nec aliter iſta ſe habere queant, ſi verum eſt, Altius tollendi & Altius non tollendi ſervitutem, uſu eſſe unam eandemque, ut Bachovius aliique volunt. Sed nos in *Prælect. ad tit. I. de Servit. n.* 11. contra probavimus, aliam eſſe *diverſamque ſervitutem, Altius* tollendi, ab Altius non tollendi. Quo obtento, rectè dicemus, in his verbis; *Ego poſſum altius tollere*, eſſe Confeſſoriam; hoc eſt, Tua domus eſt obnoxia meæ domui in hoc, quod mea poſſit altius tolli, quam lege civitatis liceat, in tuæ domus præjudicium. Cui alter negatoriam opponere poteſt, *Tu non habes jus, ita altius tollendi.* Quas formulas eo ſenſu apud veteres, quibus tecta ædium plana & diverſi uſus fuere, quam noſtra ſunt, locum potius habuiſſe, quam his diebus habeant, diximus *ad d. tit. Inſt.*

Idem Juſtinianus Auguſtus.

Quod genus actionis Negatoriæ, in *controverſiis rerum corporalium, proditum non eſt: Nam in his agit is, qui non poſſidet: ei vero qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget, rem actoris eſſe d.* §. 2. *Inſt. de Action.*

1. D. Wiſſembachius ad *tit. Inſt. de Action. diſp.* 44. *n.* 14. adverſus hanc Juſtiniani doctrinam, poſt Cujacium & Contium, ita diſputat; *Sentit ergo Imperator*, ait, *Actionem negatoriam poſſeſſori tantum competere, quod falſum eſt; Competit*

petit utrique, & possessori & non possessori l. 6. §. 1. *l.* 8. §. 3. *Si servit. vind.* Ut, *si postquam ædificatum sit, agam, tibi non esse jus altius tollendi. Item, si postquam tigna immissa sunt, agam, tibi non esse jus immittendi dd. ll.* Cujac. *tract. 8. ad Afric. in explic. l. Si priusquam* 15. *d. Oper. nov. nunt. Cont.* 1. *subcis. lect.* Apparet, Viros doctissimos, per possessorem, non intelligere eum qui prædium possidet, sed eum qui jus servitutis possidet: Quando enim vicinus meus ædificat altius, tunc est in possessione juris altius tollendi, ut & is qui tignum actu jam immisit. Quod si Justinianus de possessore prædii loquatur, non est eorum justa reprehensio. Cur autem ita non sit exaudiendus, aut in hoc sensu reprehendendus sit, causa mihi nulla videtur. Vult docere, quod aliquid singulare sit in actionibus negatoriis, quod nempe sint in rem & tamen dentur possessoribus prædiorum, cum id quidem de ipsis prædiis, ut rebus corporalibus, nunquam usu venire possit, ut possessor agat. Quid adversus hanc collectionem facit demonstratio, quod negatoria tam detur ei, adversus quem jus servitutis actu occupatum est, quam in eum qui nondum id occupavit, sed invadere parat; ideoque tam, si ipse adhuc possideat libertatem, quam si alter eam usurpare cœperit? Hæc toto genere differunt, nec ab unius positione ad alterius remotionem, ut illi instituerunt, argumentari licet. Accedit, quod ut omnia incorporalia, jus servitutis propriè possideri nequeat: Ideo cum Justinianus de possessione loquatur, si maxime de rebus corporalibus expresse non loqueretur, ut disertè facit, quominus tamen de illis omnino intelligendus esset, nihil causæ foret. Non est etiam verum, quod illi dicunt; Justinianum adfirmare quod semper & tantummodo Possessori detur actio negatoria. Non opus est dicere, quod ita sentiat Cæsar, nec etiam ita sentit, in eo sensu, quo Censores accipiunt Possessorem. Cum ait, Negatoriam competere possidenti, nihil docet, quam illud singulare: Dari actionem in rem possidenti prædium, scilicet, Negatoriam de servitute; quod si de ipso prædio, vel re corporali agatur, nunquam usu veniat; Cum possessor in illis commodo possessionis se tueatur; nec agendo adversus alium quicquam proficeret. Nihil enim obtineret, quam illum adversarium non esse dominum; de aliis nihil. Imo nihil, etsi contra centum obtineret; posset enim alius præter illos, esse dominus *l.* 15. *in fin. d. Except. rei. jud.*

Idem Cæsar Justinianus.

Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actores partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit d. §. 2. *in fin.*

1. Mira est Interpretum disquisitio & discrepantia, quis sit unus ille casus, quo is, qui possidet, Actoris partes obtinet. Denique, nullum esse, tenet Wissembachius noster, refutatis omnium conjecturis *d. Disp.* 44. *th.* 16. Unde nihil superfit, quam Justinianum posuisse crucem posteritati, suosque ludibrio habuisse Interpretes; quod, nec omnino, nec inprimis in manuali Institutionum, gravi Legum conditori & præceptori conveniat. Nos recensendis & excutiendis omnium demonstrationibus nos aut Lectorem fatigare nolumus. Duæ responsiones

nes præ cæteris sunt probabiles. Prima est à salutari particula NON, ut legatur; *sane non uno casu*, quia sæpe contingit, ut possessor Actoris partes obtineat, in probando scilicet, siquid ipse adfirmet *l.* 18. *d. Probat. & passim*. Eaque firmatur inde conjectura, quod Justinianus lectorem suum ablegat ad vastum Digestorum opus, quod absurdum esset de unico casu, ut hunc potius quærendum indicaret in quinquaginta libris, quam in hoc loco exponeret, quod de uno casu in promptu, nec ultra compendii modum erat. Idque probat Ant. Matthæus *ad d.* §. 2. Rejicit autem rarus à Præceptore dissentiendi D. Wissembach. *præd. disp. th.* 15. Exceptionem, *inquit*, oportet esse de regulâ, sed regula est de Actione: Ergo de eâdem oportet esse exceptionem, & non de probatione, cujus ab actione diversa ratio & nuncupatio est. Responsio sit, non esse in his verbis exceptionem, esse limitationem vel admonitionem. Primo quidem negavit Imperator, Actionem in rem de corporalibus, dari possidentibus. Subjungit, sane actoris partes obtinere possidentem, non uno casu accidit & compertum est: Nihil autem ad actoris partes magis proprie pertinet, quam probatio, quæ tamen & reo atque possessori sæpius incumbit *l.* 2. *d. Probat. l.* 1. *d. Except.* Cui prorsus emendatio displicet, huic nihil expeditius est, quam admittere sententiam Goveani 1. *var. lect.* 41. Cujacii & Hotomanni *ad d.* §. 2. Mornacii ad *l.* 6. *Si servit. vind.* aliorumque, hæc verba de ipso actionis negatoriæ casu intelligentium, à quâ nec alienum esse Theophilum in *Prælect. ad tit. de Act. n.* 7. demonstravimus. Ait Imperator, de re corporali, in Rem actio non datur possidenti, qui rem tenet, nec potest, ut sibi restituatur, contendere, & addit, Sane hoc casu, quem exposui, actionis negatoriæ, aliter usu venit, ut apparet. Aliter alii passim Interpr. apud Wissemb. *d. th.* 15. Vinn. ad *h.* §. 2.

Scævola Lib. 1. Regular.

Licet malæ fidei possessor sit, retinebitur servitus l. 24. *Quemadmod. Servitut. Amitt.*

Paulus Lib. v. Sentent.

Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credit. l. 25. *eod.*

1. Hæ positiones non tam Eunomicæ quam antinomicæ videntur. Nam primo, quod malæ fidei possessor usu retinet ac consequenter acquirere potest servitutem, deforme auditu est, cum mala fides & dolus nemini prodesse debeat. Verum est, habuisse nos *suprà* in *l.* 10. *Si servit. vind.* eum qui per longum tempus nec vi, nec clam, nec precariò usus est, etsi de jure docere non queat, acquisivisse servitutem: Unde nec bonam fidem, id est, opinionem juris, requiri in illâ præscriptione probare visi sumus, ad *d. l.* 10. Scilicet, hactenus, ut, si quis per longum tempus, sine aliquo illorum trium vitiorum, usus esset jure prædii, consensum vicini habuisse præsumeretur, quo fieret, ut de jure non opus esset quæri. Atque eo pertinet, quod D. Schotanus in *Exam.* ad *tit. d.* Servi-

Servitut. præter id, quod *suprà* ex eo retulimus, observat, illum *textum l.* 10. *accipiendum esse de illo, qui jam præscripserit, hunc* videlicet *alterius non esse inquietandum*; præsumptione, de consensu ejus, cujus interfuit, diluente malæ fidei fidei quæstionem. Sed eum, qui malam fidem habet, præscribere posse, nusquam ita rotunde scriptum est. Novimus, quid jure Canonico de mala fide proditum sit; eam facere, ne unquam usus aut possessio effectum juris habeat *cap. ult. x. de Præscript.* Quod melius & sanctius esse videtur, quam quod legibus nostris contra receptum sit, initium quidem Usucapionis & præscriptionis à bona fide esse debere, in progressu non nocere malam fidem. Postremo, quid hoc est, malæ fidei possessorem æquare juris effectu bonam fidem habenti, *h. l.* 24. & mox addere, neminem usum videri servitute, nisi qui jure suo se crediderit uti, *l.* 25. cum hæc sit ipsa bona fides. *pr. Inst. de Usucap.*?

2. Ad hanc speciem iniquitatis & contraditionis amoliendam, dicemus, in his legibus præscriptis, non agi de acquisitione Servitutis per usum longi temporis, sed de amissione Servitutis, ut indicat Rubrica, quæ fit non utendo. Et malæ fidei possessorem in *l.* 24. non respectu Servitutis, sed prædii servientis accipiendum esse, ut apparet ex collatione *l.* 12. *h. t.* ubi docet Celsus, retineri servitutem, neque jus deperire, si modo fundus *qualiter se habens, cum suo habitu*, id est, cum servitutis usu, possessus fuerit; neque refert, *justè, nec ne possideat, qui talem eum possidet.* Quominus enim ad retinendam servitutem semel acquisitam, usus solus sine bona fide sufficiat, nihil proferri potest, siquidem amissio fit ex solo *non usu, de facto*; Proinde solus usus qui facti est, ad retentionem oportet sufficiat: maximè, cum etiam in Usucapione rerum corporalium satis constet, initium sufficere bonum, malam fidem supervenientem non interrumpere Usucapionem semel bonâ fide cœptam *l.* 48. §. 1. *d. A. R. D.*

3. Sed hæc expositio adversari videtur *legi* 25. quæ cum etiam etiam agat de amissione Servitutis, requirit tamen opinionem juris sibi competentis, id est, bonam fidem, ut quidem diserte scriptum est *in d. l.* 25. Sed videntur illa verba quæ *suprà ex l.* 25. excerpta sunt, interpretationem recipere è verbis sequentibus: *Ideoque si quis pro viâ publicâ, vel pro alterius servitutete usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.* Ex his verba priora, *qui jure suo uti se credidit*, hoc modo exaudienda videntur; qui *jure prædii à se possessi uti se credidit*; Nam si putaverit, servitutem, qua usus sit, esse publici juris, aut prædio competere vicino; non potest dici, jure servitutis uti, ad retinendam suo prædio servitutem, quoniam hoc sine animo sibi habendi nullo modo fieri potest.

4. Proinde malæ fidei possessor, roget aliquis, hic etiam uti videbitur cum effectu juris? Id quidem statui necesse fuerit, neque ex iis, quæ dicta sunt habet dubium. At quomodo ille dici potest, credere se uti jure suo, qui scit & credit, se nihil juris habere? Imo scit, ac credit, prædio à se possesso competere servitutem, in quem sensum hæc verba capienda esse diximus, & indicat ipsa lex *in sequentibus* verbis; Idemque natura negotii; Nam agitur de jure prædii, non de jure hominis, id est, de servitute prædiali, quam ad rem,

non ad hominem directè se referre, definitio & omnis doctrina servitutis inculcat. Si quis adhuc tamen urgeat, proprietatem verborum, *credere se jure suo uti*, nonnisi duriter ad malæ fidei possessorem trahi posse; cogitet à potiori factam esse descriptionem & oppositionem. Qui credit alieno jure se uti, non videtur uti; proinde *suo jure*, uti oportet; suo personæ, non suo, prædii, cujus est Dominus, ut est plerumque, si non alieno jure utatur; minimè excluso tamen à re ipsa possessore malæ fidei, qualis cum rarius intercedit, verba illi non opus fuit accommodari: Tamen etsi priore sensu, à quo non recedimus, ipsi quoque conveniant. Scilicet, illum uti jure prædii quod possidet; hactenus suo jure, non habito ad ipsum prædium respectu, sed ad servitutem prædio competentem. In hoc igitur definimus; In Usucapione & præscriptione longi temporis requiritur bona fides ab initio; mala fides in progressu non nocet. Hoc etiam de Servitutibus adfirmat *d. l.* 24. Quod tamen non impedit, quominus in eo qui servitute usus est, requiratur opinio, quod Servitus ad prædium ab ipso possessum pertineat, utque cum animo sibi, non alii servitutem habendi, illam exercuerit. An autem rectè Lex civilis, à malæ fidei possessore præscriptionem absolvi statuat, ad locum de Usucapione pertinet, quem suo tempori & loco reservabimus.

EUNO-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

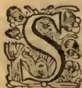
AD

LIBRUM IX.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpian. Lib. XVIII. ad Edict.



I quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII. *tabularum descendit. Quæ Lex voluit aut dari id quod nocuit, id est, id animal, quod noxiam commisit, aut æstimationem noxiæ offerri, l.* 1. *in pr. Si quadrup. paup. fec. dic.*

1. Iniquitatem hujus juris arguunt mores, qui fere diversum receperunt, ut Wissembachius ad *h. loc.* & Groenewegius ad *tit. Inst. Si quadrup.* referunt, nec temere, ut videtur, seu quadrupedem, sive Dominum spectemus. Quadrupes enim sensu carens, ut Ulpianus ait *h. l.* §. 2. non potest mereri pœnam, & in Domino Lex non requirit culpam, sine quâ tamen eum non debere teneri dictat ratio & naturæ jus, ut Grotius *lib.* 2. *de Jur B. & P. c.* 17. *n.* 21. docet. Quapropter aliæ gentes sic; utrum animal fuerit infamatum prius vel non, distinguunt, ut si Dominus sciverit ejus sævitiam, de culpa teneatur: Ita Frisiii *lib.* 2. *Stat. tit.* 3. *n.* 4. Sed hac parte, quod rarum & mirum, Eunomiæ partes Romanæ suscipit Groenewegius *ad h. tit. Inst.* & habitam pro eâ disputationem, ita concludit. *Ideo absque Senatus-Consulti auctoritate, ab hujus rei æquitate, in praxi non esse recedendum; sed si quadrupes pauperiem fecit, etiam hodie noxæ deditionem, apud nos, in Domini arbitrio positam esse censeo*, adductis in eam rem auctoritatibus. Ad rationes autem objectas non est respondere difficile: In Brutis, sicut imago quædam rationis agnoscitur, ita imago pœnæ exercetur, ut homines animadvertant, quantopere à delictis sit abstinendum. Quare etiam jure divino bovem cornupetam morte multandum esse cautum est, *Exod.* 21: 28. quomodo & Mornacius ad *h. l.* 1. *Suspen-*

sus est, ait, *concrematusque non ita pridem immanu molossus, unà cum Castrodunensi muliere, quæ eo utebatur noctu ad infandam venerem.* Quod autem ad Dominum quadrupedis attinet, ille de quo conqueratur, etsi culpæ vacuus, nihil habet; quia dedendo animal defungi potest. Id autem si retineat, non fit ei injuria, quod, hoc facto, damnum datum approbare visus, ad æstimationem meritò tenetur.

2. De censurâ *Legis* 3. *h. t.* videbimus *infrà* ad *l. ult. d. His qui effud. vel. dejec.*

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Cum arietes vel boves commisissent, & alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit: ut, si quidem is periisset, qui aggressus erat, cessaret actio: Si is, qui non provocaverat, competeret actio: quamobrem eum sibi aut noxam sarcire, aut in noxam dedere oportere l. 1. §. 11. Si Quadrup. Pauper.

1. Hic textus *est vere forensis*, ait Mornacius, & inculcat inde moderamen inculpatæ Tutelæ? Quid verò hæc ad bruta? quæ vim quidem sibi illatam propulsant, sed absque discrimine juris & injuriæ, quod hic ab Ulpiano absurdè brutis applicatur animantibus. Atqui pauperies, quæ est damnum à quadrupede *datum, est sine injuriâ facientis: Nec enim potest animal injuriâ fecisse, quod sensu caret*, ait hic ipse noster Ulpianus in *h. l.* 1. §. 3. Sensu videlicet, pro ratione accepto, ut infans *sensu* carere dicitur à Paulo *in l.* 32. §. 2. *d. Acquir. poss.* & furiosus non habet sensum *l.* 22. §. 7. *d Solut. matrim.* Bestias alioqui sensu non carere, quicquid hodie nonnulli cavillentur, satis constat; *Bellua quantum sensu movetur*, ait Cicero, ad id *solum quod adest, quodque præsens est, se accommodat.* 1 *Offic.* Sensus ille tantum est naturæ ductus & instinctus; ut *Cornu taurus petit, Unde, nisi intus Monstratum?*

2. Verum hic non simplex sensus & quasi machinalis, sed rationalis arietibus tribuitur, cum effectu discreto juris & injuriæ, pro merito invasionis aut defensionis, satis, ut videtur, contradictoriè, atque ineptè in arietibus, quorum naturæ consentaneum est, ut promiscue committere soleant. In Dominis pecudum non spectari culpam placuit Legi & Prætori, ut modo vidimus; In pecudibus autem juris & injuriæ discrimen ethcere diversas conclusiones, ecquid eo absurdius est? Non dubitant adeo Censores nostri, Autumnus & Groenewegius, adfirmare, contra Dominum arietis, qui provocavit & pauperiem fecit, nullam actionem competere, adeoque *hunc* §. non esse moribus hodiernis consentaneum. Quod si ita accipiant, ut Dominum provocatoris, magis quam provocati, si accidat hunc alterum occidere, negent teneri, non videatur recusandum: Magis enim esset, ut simpliciter interfectoris Dominum teneri ordinariâ de pauperie actione diceremus, insuper habita distinctione provocantis & provocati animalis. Etsi nec esse causam, hac parte Quintum Mucium vel Ulpianum reprehendendi, satis indicant & bos cornupeta Mosaicus, & Pragmatici, quorum Bartolus, olim hinc probavit, eum qui pacem factam prius violavit, teneri invaso, laudan-

laudante Busio *ad h. l.* & Mornacius, ut dixi, locum hunc ut valde forensem laudat analogia duntaxat ab hominibus ad bruta ductâ.

3. Denique ratio defendendi hunc locum non petenda est ex eo, quod Plutarchus in *libro ea de re scripto* probat, *Τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι*, *Bruta ratione uti.* Sed cum imaginem quandam & similitudinem rationis in illorum actionibus videre liceat, eâdem analogia, juris similitudinem ex illis observari voluerunt, ut modo ad *pr. h. t.* intelleximus. Amplius etiam in *part.* 1. *Digress. lib.* 1. *c.* XI. Juris-Consultos *ἐκ τῶν πρώτων κατὰ φύσιν*, è primis naturæ ductibus, qui in sunt brutis, deduxisse juris conclusiones inter homines, eo magis observandas, quod in ipsis animalibus brutis illarum vestigia apparerent, demonstravimus. Magis igitur est, ut *hujus* §. sententiam non modo à ratione, sed nec ab usu forte alienam putemus, quando præter nominatos, & Grotius in suâ manuductione Juris Hollandici *lib.* 3. *c.* 38. *n.* 13. pro jure certo & usitato posuit, Dominum animalis, quod *alterius animal invasit*, de pauperie teneri.

Alfenus Lib: 3. Digestor.

Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit; mula calcem rejecit, & crus agasoni fregit: Consulebatur, possetne cum Domino mulæ agi, quod ea pauperiem fecisset; respondi, posse l. ult. Si Quadrup. paup.

1. Hujus legis sententiam esse ridiculam, Alpheno indignam, usuque hodierno explosam pronuntiat Autumnus, *Confer. ad h. l.* & juxta eum Groenewegius *hic*, eo quod ille casus magis fortuitus, quam à mulæ Domino luendus videatur. Vellem exposuissent magistri Censores, quâ in re discrepet exemplum *hujus l.* ab argumento legis Quadrupedariæ, quam modo vindicavimus. Sic enim eâ proditum est; *Actionem locum habere, quoties commotâ feritate quadrupes nocuit; puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mula propter nimiam ferociam l.* 1. §. 4. *h. t.* Quare minor est ratio, in mula quæ olfacta calcem rejecit, quam in prædictis casibus? Aliud foret, si dolore concitata calce petiisset §. 7. *d. l.* 1. Sed hæc ab Alpheno proposita facti species nihil à reliquis, è quibus in Dominum quadrupedis actio datur, habet diversi.

Cajus Lib. VII. ad Edict. Provinc.

Lege Aquiliâ, capite primo cavetur; Ut qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuriâ occiderit: Quanti id in eo anno plurimi fuerit, tantum æs dare Damnas esto. l. 2. in pr. d. l. Aquil.

Ulpia-

Ulpian. Lib. XVIII. ad Edict.

Tertio autem capite, ait eadem lex Aquilia: Caeterarum rerum praeter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quid usserit, fregerit, ruperit injuriâ: quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes Domino dare damnas esto. l. 27. §. 5. eod. tit.

1. D. Antonius Matthaeus in disp. VII. Fundam. Jur. cujus haec inscriptio est: *Jus civile in paucis quibusdam capitibus à lege Dei, ab honestate, & à ratione deflectit*, de horum textuum argumento ita censet, *n.* 31. In actione legis Aquiliae, aestimatur, *ait*, quanti res plurimi fuit, vel anno proximo, vel diebus triginta proximis. Quaero; Cum hodie damnum datur, res plurimi est: quae tum poena damni? Sic D. Matthaeus. Poena legis est, ut reus praestet, quanti res plurimi fuit, cis annum vel cis mensem. Pone rem fuisse nunquam pluris, quàm cum periret, hoc casu nulla poena erit, quod est verum. In eandem sententiam D. Wissenbachius, *Ex principio*, item ex §. 9. & 15. *I. de L. Aquil. liquido liquet*, ait, *tum demum hac lege constitutam esse poenam, cum res est depretiata; cum plurimi fuit vel anno proximo, vel diebus triginta proximis. Nullam contra, si, quo tempore damnum datur, res est plurimi. Nam servo integerrimo & pretiosissimo occiso, solam ejus aestimationem interfector praestat, quod sanè inique comparatum est, quia cum damnum injuriâ datum, sit delictum l. 1. d. Privat. del. consequens erat, ut certa semper, sicut in aliis, & definita poena singulis delictis esset. Hotom. hic*, qui mirabilem ait hac in re fuisse Aquilii rationem. At haec, non tam Juris Civilis, quam multo magis, hodierni moris omnium populorum, Censura fuerit, qui de damno rebus alienis dato, si non incidat in aliam delicti speciem, non dant actionem poenalem, sed ut notum est, rei persecutoriam duntaxat. Proinde si Jus Civile, quod actionem de damno poenalem dat in re suâ laeso, non ita providit in sanctione suâ, ut ne ullus omnino casus, quo poena cesset, existere possit, idcirco vix est, ut censurae notam mereri possit; quia magis est, ut ne disciplina quidem forensis hodierna, quae nullam hujus rei poenam statuit, reprehensione digna sit. Nam alienam rem frangere, collidere, comburere, pecudem occidere, si delictum est, ut vult juris ratio, non est tamen ejusmodi delictum, quod nisi puniatur, disciplinae publicae vigor periclitetur; praesertim, quia, cum nihil inde penes eum, qui dat damnum, resederit lucri, ipsa pretii, cum eo quod interest Domini, aestimatio & luitio, poenae vicem obtinere videtur. Ita Fori, ubique gentium, usus, hodie inquam, sinè ullâ injustitiae opinione, vel etiam solida causâ tenet ac observat, majori hac parte remissione, quam lex Aquilia praefert; Cujus ideo sanctionem à censurâ Interpretum facile vindicamus.

Cajus

Cajus Lib. VII. ad Edictum Provinc. &c.

Ut igitur apparet; lex Aquilia servis nostris exæquat quadrupedes, quæ pecudum numero sunt, & gregatim habentur, veluti oves, capræ, equi, boves, muli, asini. Sed an sues pecudum appellatione continentur, quæritur, & teste Labeone, placet, contineri: Sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiæ in eo numero non sunt, veluti ursi, leones, panthera. Elephanti autem & Cameli quasi mixti sunt; nam & jumentorum operam præstant & natura eorum fera est l.2. §. ult. de Lege Aquil.

1. Primum censuræ argumentum præbet hæc positio; quod *servi & quadrupedes* eodem loco habentur, in sanctione legis Aquiliæ, quod non modo ad duritiem Romanorum, qua in servos usi sint, de quâ locus agendi fuit ad *l.* 1. §. 1. *d. His qui sui vel al. jur.* sed etiam in totum genus humanum contumeliosum videtur. Partus serviles non esse in fructu, secus ac partus animalium, placuit ipsis Juris auctoribus, quia *absurdum videbatur, hominem*, sicut pecudem, *in fructu esse* §. *In pecudum* 37. *I. de A. R. D.* additâ ratione, quia omnes fructus rerum natura, hominis gratia comparavit, quod etiam in *l.* 28. §. 1. *d. Usur. l.* 68. *d. Usufr.* habetur. Quid hic igitur Juris-Consulti, philosophiæ suæ obliti, homines ipsos, non fructus eorum cum pecudibus absolutè atque rotundè comparandos putarunt? Hæc speciosa magis quam valida est objectio, & si Antonius Matthæus ICtus accerrimus super hoc articulo; *Et quid tibi videtur*, inquit, *de hac lege? Ego quidem barbaram esse censeo. Coll. Inst.* 1. *Disp.* 18. *th.* 16. Non ego sic equidem; namque ubi de æstimatione rei peremptæ vel deterioris factæ agitur, non potest non quicquid in dominio & commercio, pecuniâ æstimari: Proinde, postquam servos ita, ut pecudes in Dominio & in commercio esse, receptum est inter gentes, non potuit aliter fieri, quin hactenus æquarentur. Nec id alii subjectum est reprehensioni, quam universum habendi servos institutum, de quo nos egimus ad *tit. de Stat. hom* nec ibi dicta repetimus. Nam quod aliquis putet, Juris Auctores hic parum meminisse dignitatis humani generis, satis constat ac alias dictum est; A duobus servum lateribus adspici; quatenus est κτῆμα κύριου res domini & in commercio sicut pecus; & quatenus est membrum societatis humanæ; quo respectu cædes servi punitur ut hominis liberi, in lege Cornelia; Atque ita hac ratione conditioni humanitatis, uti par est, honorem justum habuerunt.

2. Alterum Censuræ specimen est in Quæstione propositâ, *de suibus, an sint pecudes*, quam magis merito, quàm modo, dicat Autumnus, esse ridiculam, pecude potius quam Gajo dignam; adde Justiniano; qui operæ pretium putavit, ex Ælio Martiano, in *l.* 65. §. 4. *Legat.* 3. rem quasi dubiam & quæsitu memorabilem probare, etiam ex Homero, qui in Odysseâ *lib.* 3. scripserit ita;

Δήεις τήνγε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ:
Adsidet hic suibus, quorum grex pascitur ingens
Ad Coracis saxum, nec non ad fontem Arethusæ.

Papæ! dicat Westphalus aliquis, ne de plerisque Europæ nationibus idem opus sit dicere, ut est, Inexpectata res! quod suum greges dentur, quibus omnes sylvæ agrique referti sunt. Duos celebres Juris-Consultos ambigere, & Cæsarem Augustum, Juris Conditorem Civilis, laborare de probatione rei, de qua nullus è mediâ Drentiâ dubitet rusticus! Et tamen in eadem dubitatione versatum esse Virum Cl. *in libro de Inclusione animalium*, etsi è locis talium gregum feracibus ortum, auctor est D. Thomasius Juric. Lipsiensis & nunc Antecessor Halâ-Brandeburgicus, cui se alibi hac in re satisfecisse scribit in *Schol. ad posit. nostras Inst. tit. de lege Aquil. à pr.* Res parva, sed tamen in re vel minimâ nolim esse ridiculos Juris conditores. Certe in Belgio maritimo non esset hæc ridicula dubitatio; quia sues in his regionibus magis in caulis & stabulis aluntur, aut in cœno volutantur, quam gregatim pascuntur. Unde, qui hac de re dubitasse leguntur, in ejusmodi locis egisse, verisimile fit. Id utique constare debet, non esse pecudes, omnigenas quadrupedes aut bestias, sed quæ gregatim pasci solent. Unde separantur *h. l. Quadrupedem vel pecudem:* Ut τὸ *vel* sit ἐξηγητικόν. Proin videsis, an opus sit mutari lectionem, *Quadrupedemve pecudem*, ut emendat Vir. Cl. *tract. ad L. Aquil. c.* 2. Quadrupedem vel pecudem dixit eodem sensu Gajus, an prætor quo Gajus idem in *hac L.* §. 2. *Quadrupedem* ait, *quæ pecudum numero continetur*, quibus verbis illud *Vel* explicitum dedit, ut etiam Justinianus in *pr. I. h. t.* Minus molestum est dicere, quadrupedem vel pecudem, quam ita, quadrupedem quæ pecudum numero continetur. Nec tamen hæc molestior locutio vitii, quod sciam, arguitur.

Justinianus in Tit. Inst. de L. Aquil.

Imperitia quoque culpæ adnumeratur. Veluti, si medicus ideò servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam medicamentum dederit §. 6. *d. tit. l.* 7. §. *ult.* & *l.* 8. *h. t.*

D. Anton. Matthæus in sæpe dictâ *Disput. Fundam.* 9. *th.* 33. Judex per imperitiam, *inquit*, malè judicans in quasi delictum incidit *pr. Inst. de Oblig. quæ quasi ex del. L. ult. de var. & extraord. cognit.* Medicus per imperitiam male secans incidit in verum delictum §. 9. *I. eod.* Inique id quoque comparatum est: Uterque per imperitiam peccat, & in rebus alienis dat damnum. Idem sit igitur utriusque delictum; Pœna eadem. Ita D. Matthæus. Ad quam Censuram Præceptoris sui D. Wissembachius *Dis. ad Inst.* 43. *th.* 22. *Diversitatis*, inquit, *rationes reddi possunt, si non usque adeo solidæ, & quæ plus quam necessitate Geometricâ nitantur, tamen probabiles.* Quæ tamen sint rationes non exponit. Primo dici potest, Medici professionem esse privatam & voluntariam, ad quam ex arte præstandam perfectè tenetur & se divinxit; cum ex adverso judicandi munus sit publicum & invitis imponi queat *l.* 1. *d. Vacat. & excus. II.* Quod dignitas major sit judicis quam medici, profertur quidem; sed ad meritum quæstionis pertinere non videtur. Forte magis hæc ratio; Medici culpa damnum corpori hominis infligit, quod est atrocius, quam præjudicium in causâ patrimoniali. His rationibus uti solebat nobiscum D. Wissembachius, iisque in *d. Disp.* 43. *th.* 22. satis acriter adversus Præcepto-

ceptoris sui, à quo non facile recedit alioqui, censuram, applicat verba Duareni; *Quibus non satisfaciunt*, ait Duarenus, *hæ rationes, non sunt apti ad tractationem civilis sapientiæ. Ineptum est, in hac scientiâ quærere ἀποδείξεις.* Quod tamen ut Præceptori suo voluerit applicitum D. Wissembachius, cujus ei summa merito fuit veneratio, necesse non est.

2. Sed aliud problema Censorium movet idem D. Antonius Matthæus in *Coll. Inst.* 1. *Disp.* 18. *th.* 18. quod ipsius verbis collocabimus. *Medicus*, ait, *male secando servum, reus legis Aquiliæ fit; damnum enim dat injuriâ, qui non satis cavet. Sed ô mihi charissimi & optatissimi Juris-Consulti, qui de Medicis tam diligenter inquiritis, nunquamne vos verbum CAVERE, quod totum vestrum esse vultis, in quo vestra omnis sapientia & laus posita est, monuit, ut de Officio vestro non nihil cogitaretis? Venit enim aliquis juris & negotiorum imperitus, homo rusticanus, bonus agricola aut pecuarius. Is cum ad vos de lite, quam vicinus ei suus intenderat, retulisset, Consilium hoc à vobis abstulit, ut ne adversario cederet, sed quoad posset & præsenti judicio prosequendo, & à sententiâ provocando resisteret. Ille auctoritatem vestram secutus damnum perpessus est maximum. Quæro, utrumne illi actionem hanc detis, an non? Dignissima profectò res est, de quâ vos paululum deliberetis, eoque magis, quia paulo post traditis, Judicem, qui per imperitiam malè judicavit, non ex delicto, sed quasi ex delicto teneri. pr. l. de Obl. ex quas. del.*

3. Imo hæc minime digna res est, de qua viri graves ambigant vel laborent. Pone casum; Juris-Consultus malo consilio, fuit auctor civi, aut rustico multarum impensarum. Non tenetur lege Aquiliâ; fatemur; Nec enim tale quid usquam proditum est. Medicus male secuit, clysterem impressit, (nam & Chirurgi sunt Medici) medicamentum dedit; tenetur Aquiliâ; Sphynge opus sit ad rationem differentiæ divinandam? Atqui dupondius dederit; Legem Aquiliam agere de cæde, ex vulnere hominis, pecudis aut alterius animalis; Item, si quid aliud ruptum, fractum, ustum, scissum, collisum, exustum, corruptum, peremptum, aut quovis modo deterius factum sit, ita, ut damnum in corpus aliquod datum sit §. 12. 13. *& ult. Inst. ad L. Aquil.* Quid hæc ad consilium à Juris-Consulto datum clienti, sicut ad Medicum, qui corpus imperitia sua lædit, pertinent? Sed datur instantia, nequid dissimulemus. Actio in factum ad exemplum Legis Aquiliæ datur, *etsi non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit d. §. ult. Inst.* Respondetur, ejus in factum actionis ad exemplum legis Aquiliæ, plenus est hic titulus exemplorum; sed omnia de factis, unde corporale damnum immediatè sit ortum, etsi nulla contrectatio facta sit, agunt. Medicorum, manualium maximè, peccata in corpus, sine medio, damnum inferunt: Juris-Consulti consilium habuit in arbitrio Consultor, sequi vellet, an secus; alios etiam consulere potuit: ut plane factum ipsius proprium intercesserit. Postremo dicet; nihil enim omittit ad Censuræ argumentum, Cur lex Aquilia nonnisi de damno corporaliter immediate illato cavit? Adeo finem Censuræ nullum habemus? Reddenda ratio non tantum eorum, quæ constituta sed etiam quæ non sunt constituta legibus? Ego vero ne Juris-Consultorum peccata, regulis ipsorum, innoxia putemus, haud urgeo; deceptum consilio maligno aut nimis imperito civem, in factum adversus Juris-Consultum ex Ar-

ex Artis professione responsi reum agere posse, non negem; non tamen actione in factum legis Aquiliæ; sed ex æquo & bono, judicis arbitrio. Verum est interim, usu ita fere esse receptum, ut non magis de Medicorum, quam de Jurisperitorum peccatis; cum priora, ut ait ex ore vulgi Groenewegius ad *pr. I. h. t.* terrâ tegantur, agi soleat; quod ut multis ille confirmat auctoritatibus, ego tamen facti magis quam Juris esse putem; nec desinere Juris esse, quod ratio dictat & publicæ disciplinæ vigor exigit, existimo. Adde Treutl. ad *L. Aquil. th.* 18. *ibique Bachov.*

Gajus Lib. VII. ad Edict. Provinc.

Lex XII. *tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit: Ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. Interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat: ut tamen æquè cum clamore testificetur l.* 4 §. 1. *Ad Leg. Aquil.*

1. Etsi hoc legis XII. tabularum caput, in summâ conveniat cum lege Mosaica, quæ furem nocturnum perfossorem occidi permittit, Exod. XXII. simplicitati tamen & perfectioni Evangelicæ non convenire, licentiam occidendi fures nocturnos, ideoque à Christianis non esse recipiendam, censet Grotius *lib.* 2. *Jur. B. & P. C.* 1. *n.* 12. *Quare*, inquit, si res *servari potest, ita ut non videatur esse periculum faciendæ cædis, recte id quidem: sin aliter, omittenda res est: nisi forte talis aliqua res sit, ex quâ vita nostra aut familiæ nostræ pendeat, quæque judicio recuperari nequeat: forte, quia fur sit ignotus, & spes sit aliqua, sine cæde rem abituram.* Et mox; *Quin ea, quam protulimus, sententia, veterum Christianorum sit, non dubitamus, nec dubitavit Augustinus; Quomodo apud divinam providentiam,* inquit, *à peccato liberi sunt, qui pro his rebus quas contemni oportet, humanâ cæde polluti sunt? Nimirum in hac re*, pergit Grotius, *ut in aliis multis, cum tempore laxata est disciplina, & paulatim interpretatio legis Evangelicæ cœpit ad seculi mores accommodari.* Non abhorret ab illa Grotii censurâ, quod Ulpianus hac de re scribit in *l.* 9. *ad L. Cornel de Sicar. Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei, sine periculo suo non potuit*; non igitur ad res servandas, sed per moderamen inculpatæ tutelæ duntaxat. Grotius discrimen juris Mosaici & Christiani petit è loco Theologiæ miuus probato; quod ut *Lex Evangelica in aliis rebus perfectior est lege Moysis, ita hic quoque plus à nobis exigat. Nam si tunicam & pallium*, ita pergit, *deseri jubet Christus, & Paulus damnum aliquod injustum tolerari potius, quam litigari, quæ incruenta contentio est; quanto magis vult, res etiam majoris momenti deseri potius, quam interfici à nobis hominem, Dei effigiem, eodem nobiscum sanguine ortum?* Nec curat recentioris scholæ sententias, ut quæ in tantum à Christi scholâ recedant, ut omnes *ferme tam Juris-Consulti, quam Theologi* (Pontificios citat) *doceant, rectè hominem à nobis interfici posse, rerum defendendarum causâ, etiam extra eos fines, in quibus Lex Mosis & Romana id prohibuit; puta, si fur jam re acceptâ fugiat.*

2. Ad sustinendam hanc gravem Censuram, distinguendum videtur, inter officium Legislatoris atque Judicis, & hominis privati. Legislator habet rationem per-

permittendi cædem furis nocturni; quia vitæ periculum adesse præsumitur, cum sciri non possit, inermis fur, an sicarius, vel utrumque sit, qui noctu domum alienam invadit, cum testes haberi non possint, cujus rei gratia Lex Romana requirit clamorem Patrisfamilias, Mosaica perfossionem, quæ sine ferro fieri non solet, animumque præfert atrociorem. Etsi quorundam populorum leges neutrum requirant, inter quas Edictum Ordinum Hollandiæ *d.* 16. *Decembr.* 1591. & *d.* 19. *Martii* 1614. *art.* 7. quod Furis nocturni cædem indistincte permissam statuit. Præsumptam tuendi corporis rationem, fuisse auctoritatem Legi XII. tabularum aliisque similibus Gentium Constitutionibus, liquet ex eo, quod furem diurnum aliter occidi non permittit Lex XII. quàm si is se telo defendat *h. l.* 4. & *l.* 54. §. 2. *d. Furt.* quod requisitum in nocturnâ cæde, non patitur exigi incertitudo tenebrarum. Atque ita Lex in universum statuit, cujus dictamen sequitur Judex. Sed Paterfamilias in hypothesi ipsoque facto recte consulet, si prius clamore, strepitu, minis furem abigere, cohibere, vel includere studeat, quàm primo impetu arma stringat, eumque morte percutiat; ut vero fugientem, rei servandæ gratiâ, sternat, nisi res sit ejusmodi, qualem Grotius describit, id vero simpliciter illicitum esse fatebimur. At si ille strepitu minisque non deterreatur, sed urgeat ac instet, jam ne quidem in hypothesi potest exigi, è legibus Christi, ut aliquis evidenti periculo se committat. Hujus autem distinctionis usus, non eget illa positione, quam Grotius ex Theologiâ non optimâ depromptam ubique præfert, majorem in Euangelio sanctitatem, quam lege Mosaicâ præscripta fuit, requiri. Adde sis *Amesium* 5. *de Conscient. c.* 52. *n.* 15.

3. Sed Ulpiano quid faciemus? *Furem nocturnum*, inquit, *si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.* Si de eo quod fas est, tantum loqueretur, applicari posset ea, quam habuimus, distinctio; sed agit de impunitate officioque judicis, contra quam Gajus ex l. XII. Tabb. Cum Marpurgi agerem, anno MDCLVI. recens erat factum Celebris Theologi illius Academiæ, qui hominem noctu æde. suas ingressum & in cellâ se occultantem malleo castrensi percussum interfecerat; Absolutus, imo re velut notoria, ne quidem accusatus est, etsi non constitisset, an ei sine periculo parcere non potuisset, quod Ulpianus hic exigit. Nec quidem fecerat, quod officii ratione privati, faciendum esse diximus, ut strepitu, voce territum hominem abigeret, quod facile futurum fuisse cum agnitus est, apparuit: Nec enim erat fur aut sicarius, sed honesti ordinis ductor militaris, aliâ causâ non optimâ tamen, in ædes ingressus. Sic usus Fori & praxis ipsorum Theologorum non est tam anxius, aut anxia, quam Ulpianus; qui nec ipse ita videtur hic loci intelligendus, ut furis interfector, admisso furto, probare debeat, se parcere ei sine periculo suo non potuisse. Quid ergo? Dicamus, eum hoc velle, si de facto constet, nullum fuisse periculum, idque paterfamilias sciens, hominem occidere maluerit, non erit exemptus pœnæ. Re dubiâ, utetur impunitate Legis, ac ita nihil est, quo Ulpianum & Cajum dissentire putemus. Mentem su m ipse Ulpianus aperit alibi, his verbis; *Et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin Lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuriâ fecisse videatur. Ergo & Corneliâ tenebitur l.* 3. *in pr. h. t.* Modo liceat nobis, hoc loco in

eam ſententiam uti; quod Vir Cl. adfirmat, inprimis fidenter, Ulpianum hic imprudentia & incogitantia lapſum eſſe, quod Legis Corneliæ meminerit, cum jus & ratio fuerit, de Aquilia Lege duntaxat, non etiam de Cornelia in præſentis loci doctrinâ loqui. Hæc res & Cenſura ſatis notabilis operæ pretium, ſeparatæ obſervationis collocandæ pollicetur. Sic igitur ſe habet integer Ulpiani textus *hujus loci.*

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Sed & ſi quemcunque alium ferro ſe petentem occiderit, non videtur injuriâ occidiſſe; & ſi metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquiliâ non teneatur. Sin autem cum poſſet apprehendere, maluit occidere, magis eſt, ut injuriâ feciſſe videatur. Ergo & Corneliâ tenebitur l. 5. in pr. ad L. Aquil.

1. Quid hic ait Ulpianus? Si quis furem nocturnum, cum poſſet adprehendere, maluit occidere, magis eſſe, ut injuriâ feciſſe videatur; ideoque etiam lege Corneliâ teneatur. Poteſtne quidquam ineptius aut minus conſentaneum Ulpiano, proferri? Hæc eſt Cenſura Viri Cl. quem aliquoties laudavimus, in hunc locum, copioſe adſtructa *lib. 1. Probabil. Jur. cap.* 9. Cenſet, Ulpianum, inquam, in *fin. hujus* §. imprudenter legis *Corneliæ* meminiſſe, cum vellet aut deberet dicere; *Aquiliâ.* Hoc arguere inſcriptionem, connexionem rerum, imo clare ipſius Ulpiani verba, legem Aquiliam explicantis, non Corneliam. Accedunt hæ rationes. I. Quia nihil antea quæſivit de Lege Corneliâ. II. Quia mox iterum in §. 1. non Corneliæ, ſed Aquiliæ, in eâdem quæſtione meminit. III. Quia cædes, cui applicat Corneliam, facta dicitur injuriâ, quæ hic non eſt doli, ſed etiam culpæ, cujus in lege Cornelia ratio non habetur. *l. 7. ad L. Cornel.* IV. Ulpianus in *lib.* 37. *ad Edictum.* unde eſt hic locus, non agit de judiciis publicis, nec de Lege Corneliâ, ſed de privatis cauſis.

2. Quominus his rationibus, Ulpianum ſui ipſius oblitum eſſe credamus, facit cum religio nil mutandi abſque neceſſitate, tum ἀκόλουθία textus, in quo primo quæritur de lege Aquiliâ, mox altero caſu relato, ſubjicit; *Ergo & Corneliâ* tenebitur; hoc eſt, *etiam Lege Corneliâ,* ut Licinius Rufinus habet, verba referens Ulpiani in *tit.* 7. *Collat. leg. Moſ. & Rom.* Minus apte quidem, ſi in animo fuiſſet, Aquiliam repetere; Illud *etiam* lege Corneliâ, vel quod idem, *Ergo & Corneliâ,* indicat aliquid addi Aquiliæ jam dictæ. Voluit igitur Ulpianus, *Cornelia,* non fuit in animo *Aquiliâ.* Sed hoc Vir Cl. arguere ſe dicit, Ulpianum ab ſe fuiſſe alienatum, ſibi non conſtitiſſe: verba texuit, ut de Corneliâ; debuit loqui de Aquiliâ. Rufinum æquè erraviſſe non ambigit. Adeone præcisè? regerat Ulpianus: Nonne de Aquiliâ agenti à Corneliâ ad hanc, ut à majore ad minus, colligere licuit? Dicere volui inprimis, fateor, Aquiliâ teneri τὸ ὑποκείμενον. Nolui ſimpliciter rem indubiam; preſſius, *& Cornelia,* dixi; Nedum Aquiliâ, id intelligendum reliqui. Quid magis obvium, quam cædes hominum ad utramque legem pertinere? *Lex* XII. de fure nocturno; ad quam ſpectat hic & precedens Caji locus, nonne ad Corneliam æque ac ad Aquiliam pertinet; imo ad

ad illam magis, si non unicè? Quid insolentiæ est igitur, argumentum legis Corneliæ proprium citare ad Aquiliam? Hoc modo Ulpianus, ni fallor, argumenta ab inscriptione, connexione, quod dein primo, quod secundo, quod & quarto loco protulit Vir Cl. occuparet: scilicet, ultima verba textus, esse rationis loco, ad thesin de Aquilia. Quod tertio de significatione *Injuriæ*, loco profertur; hæc tam dolo qnam culpæ convenit; ergo communis est Aquiliæ & Corneliæ vox.

3. Sed est alia ratio contra Ulpianum: Paulus in *lib. 5. sentent.* apud Rufinum *in d. Tit.* negat, furem nocturnum, qui comprehendi potuit, occidentem Corneliâ teneri. Atqui is est casus hujus loci. Ergo non fuit omnino dicendum Ulpiano, *Corneliâ*, debuit unice loqui de *Aquilia*. In promptu est, dicere, Paulum ab Ulpiano, æmulum ab æmulo discrepasse, quo toties fecisse videmus: Et locum Pauli in Digesta non relatum Ulpiano hactenus opponi non posse. Verum haud opus erit, opinor, huc confugere. Audiamus verba Pauli; *Si quis furem nocturnum vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenebitur; sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendumque ad Præsidem magistratibus obtulerit.* Nihil est in hoc loco positionis, nisi quod ad legem præcedentem vidimus; Furem qui se telo defendit, occidi posse, noctu inprimis; si tamen tuto prehendi possit, non esse innoxium Legis Corneliæ, qui occiderit *l. 9. ad L. Cornel.* etsi Vir Cl. hunc etiam locum *l. 9.* imperitè à Compilatoribus sub istum titulum putet esse relatum, de quo videbimus, ubi Deo visum fuerit, copiam nobis facere temporis eò perveniendi: Sed excessum Tutelæ sui, rerumque suarum voluntarium, non esse alienum à Lege Corneliâ, non opus erit, opinor, sollicitè probari. Est tamen ea res facti; & in dubio præsumitur contra furem nocturnum. Ideo Paulus eam rem, cum admonitione, quid prudentia ferre queat, transmittit; animadversione probationibus & circumstantiis delegatâ. Quo autem is qui tutò furem comprehendere cum posset, occidere maluit, à pœna legis Corneliæ omnino liberandus sit, nihil est in Paulo, nec aliunde profertur. Denique, rectè faciemus, si nec facile superstitioni pulcherrimam Artem donemus, neque levibus atque inanibus argutiis ludibria quædam excitando, efficiamus, ut corpus juris enervetur & cadat, animique juvenum ad magna surgentes, calumniâ, velut pestilenti sidere, adflentur, ut verba Viri Cl. multa egregia in hanc rem digredientis, comiter imitemur sed Ulpianum erroris hac parte liceat excusare, sine superstitione adversus errata Veterum.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Idem Mela scribit; Si, cum pilâ quidem luderent, vehementius quis pilâ percussâ, in tonsoris manus eam dejecerit, & sic servi, quem tonsor radebat, gula sit præcisa, adjecto cultello, in quocunque eorum culpa sit, eum lege Aquiliâ teneri. Proculus in tonsore esse culpam. Et sane, si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere l. 11. in pr. Ad Leg. Aquil. 1. Si

1, Si bene dictum est à Theophrasto, quemadmodum ejus dictum à Juris Auctoribus adoptatur, τὸ ἅπαξ ἢ δὶς παρεκβαίνουσιν οἱ νομοθέται. *Quod semel aut bis accidit, id prætereunt Legislatores. l. 6. de Legib.* poterat in Universali Artis institutione talis omitti casus, qui tam insperatæ raritatis sit, ut magis ex imaginatione, quam ex usu desumptus videatur. Gulam hominis, qui radebatur, pila foris ludentis, in novaculam impactâ, esse præcisam. Ex his autem quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura constitui non oportet; habetur in *l. 4. d. tit. de Legib.* Operæ pretium est, Eunomiæ causâ, hujus regulæ; ne sæpius eam (frequens enim usus ejus est) movere necesse sit; hoc loco exponere sensum. Non id agunt JurisConsulti, ut ne raris ac insperatis casibus applicent juris regulas; quemadmodum Solon ideo se parricidis pœnam sanxisse negabat, διὰ τὸ ἀπελπίσαι; *quod non sperasset* id unquam extiturum, ut est in ejus vita *apud Laertium:* Sed materiâ Legis propositâ, quæ à diversis lateribus adspici potest, in jubendo vetandoque non adspiciunt ad latus, quod raros casus exhibet, verum in quo sunt ea, quæ plerumque eveniunt: *Nam ad ea potius aptari debet jus*, ait Celsus in hunc sensum, *quæ & frequenter & facile, quam quæ perraro eveniunt. l. 5. d. t. de LL.* Placet addere exemplum. Lege Oppiâ cautum erat, ne qua mulier *vestimento versicolori uteretur, nec plus semunciâ auri haberet, neve juncto vehiculo in urbe oppidove*, extra usum sacrum, *veheretur*. Liv. lib. 34. *in pr.* Latum erat ad plebem, de hac lege abrogandâ. Cato eam servari volebat. Objectum erat; multas esse matronas, quæ non ad luxum, sed ad honestum decus & majestatem illo ornatu uterentur. At Cato, *Id modo quæritur*, ait, *quid majori parti & in summâ* conveniat: si major inde luxuriæ metus, quam decori usus esset, inhærendum erat sanctioni legis, nec ad id quod rarius, sed plerumque eveniret, spectandum. Casus in hoc loco *l.* XI. propositus, est historia sine dubio, rara quidem; sed cujus analogia ad alios similes extendi poterat: ideoque decisioni utiliter admovendus.

2. Sed est aliud censuræ argumentum Autumnianum; Ulpianus incertum relinquit Lectorem, utrum actio detur in tonsorem; an ei, cui gula præcisa est, proprius error imputandus sit. Sic enim ex eo colligi potest; In se & in universum est casus fortuitus: At si culpa casui causam dederit, qui est in culpa, huic eventus imputandus est: Ergo & *hic* tonsori, si in loco periculoso & frequenti sellam habuerit sua calamitas soli nocebit. Romani adsiduo radebantur, egressi adolescentiam, liberi & servi. Erant, ut apparet, tonsores circulatores, qui æris causâ, per circos & fora, cum sellis ambulabant, ut obvios raderent, & plerumque considebant apparebantque in locis multi transitus, lucelli crebrioris causâ. Si locus non esset aliquanto remotior, ut obvii & transeuntes haud facile tonsori, vel sedentibus & gulam præbentibus illidi atque impingi possent, vel etiam, ubi mos esset, pilâ ludi; Tonsor erat in culpâ, & tenebatur, pecuniariè scilicet, ut est argumentum Legis Aquiliæ. Ita Ulpianus; sed addit, per adversativam, *Quamvis*; recte dici, esse, quod jugulato imputetur, quia tali loco se novaculæ commiserit. Περβλημματικῶς ut lector eligat? hoc est quod Censor arguat in lege, non immerito. Quid ergo? Basilici τὸ *quamvis* non accipiunt adversativè, sed ampliative, pro, *non obstante*, ut videtur. Ita enim vertunt hæc; *Quamvis nec illud malè dicatur.* Εἰ καὶ τὰ μάλιστα καλῶς λέγοι τις δὲ; *Etiamsi maxime recte dicat aliquis.*

Tali

Tali sensu Tonsor est in culpâ, non obstante, quod non male dici queat, eum qui se commisit tonsori, habere quod sibi imputet; prævalere tamen tonsoris culpam, ut ad luendum teneatur. Eodem sensu plerique § *quamvis* accipiunt in §. *similiter* 8. *l. de Excus. Tut.* ubi vix est ut aliter accipi possit. Verum ego hic Ulpianum simpliciter intellexerim, hoc modo; Proculus in tonsore culpam esse putabat: Sed tu recte distinguas utrum locus ille notabiliter fuerit periculosus, an secus. Si non, pro casu fortuito habenda est cædes aut vulnus: Sin aliter, iterum distingues; Aut is qui radebatur, conscius Loci & periculi, se tonsori commisit, & ipsi res imputatur, si cupiens inter radendum frui spectaculo, improvisam acceperit plagam: Aut ignarus fuit periculi; & Proculi sententia vera est. Hæc, ut videtur, est mens Ulpiani in *hoc loco*.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Hanc actionem & heredi cæterisque successoribus dari constat; sed in heredem vel cæteros hæc actio non dabitur, cum sit pœnalis: nisi forsitan ex damno locupletior heres factus sit l. 23.§. 8. *ad L. Aquil.*

Ant. Matthæus *Coll. Inst.* 1. *Disp.* 18. *th.* 10. Sed nec hoc, *inquit*, concoquere possum, quod actio Legis Aquiliæ, ceu pœnalis, in heredem nequaquam transit; Quæ mihi videtur summa iniquitas, quam vel ex ipso Imperatore intelligere haud obscure licet §. *his autem in fin. Inst. h. t. Quæ transitura fuisset, si ultra damnum lis nunquam æstimaretur.* Ita D. Matthæus. Aliam D. Wissembachius censuram stringit; Imo, si ex veritate, *inquit*, non auctoritate judicandum, Actio Legis Aquiliæ non est verè pœnalis, quia principaliter damnum persequitur, & nonnunquam contingit, ut eo die, quo damnum datur, res plurimi sit, quo casu sane non pœnalis est hæc actio, sed verè rei persecutoria. Quin etiam, ne tum quidem, cum æstimatio fit ὀπίσθεν, retrorsum, id est, cum res tanti æstimatur, quanti fuit plurimi anno proximo, vel diebus triginta proximis, actio Legis Aquiliæ recte dicatur pœnalis, sed potius mixta vocanda §. 19. *I. de Action.* Hinc, an, & quatenus in heredem detur hæc actio, proclive dictu fuerit. Hæc D. Wissembach. *ad Inst. disp.* 42. *th.* 11.

7. Satisfaciendum est primo, Censuræ Wissembachianæ. Justinianus indicat & res loquitur, denominationem qualitatis pœnalis non esse petitam ab eo quod in hypothesi singulisque casibus usu venturum sit, verum ab eo, quod in thesi & in genere inest in naturâ actionis. Hoc modo & sensu hæc actio non est rei persecutoria, sed pœnalis, id est, pœnam continens, non meram & solam pœnam, quod nec Justinianus adfirmat; sed pœnam supra rem, sive damni æstimationem: Verum est, trimembrem esse Actionum divisionem in Rei persecutorias, Pœnales & Mixtas. Sed non habet causam postulandi D. Wissenbachius, ut ubique trimembris illa partitio actionum, in conspectu sit Juris Auctoribus. Sæpe fit oppositio pœnalium & rei persecutoriarum simpliciter, ut in *l.* 4. §. *ult. d. Alien. Jud. mut.* Et pœnales significant omnes, in quibus est plus quam rei perse-

cutio *l. 32. in pr. Ad L. Falcid.* & ita servat Imperator in *hoc* §. 9. Nequidem ad scholasticam exacta subtilitatem minus est probanda relatio ad dichotomiam, quam ad trimembrem oppositionem: Ut hoc modo instituamus, Actiones sunt vel Rei persecutoriæ vel Pœnales. Et hæ vel pœnales tantum, vel rei & pœnæ simul persecutoriæ. Bene igitur Justinianus, si non est rei persecutoria hæc actio dicenda, pœnalem vocat in §. 9. *I. h. t.* ubi, *Quâ ratione creditum est, pœnalem esse hujus Legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris.* Fluctuatio in Arte, modo ut pœnalis, modo rei persecutoria diceretur, admittenda non erat: Ab eo quod potius & frequentius erat, ut fit, appellatio desumenda erat: Atqui plerumque sane præsumendum est, rem fuisse pluris integro mense vel anno priusquam periret, quam illo momento. Præterea, naturam actionum pependisse è formulis, quibus Prætor ad judices pedaneos utebatur, satis constat: Hæ autem formulæ semper & necessario pœnali modo concipiendæ fuerunt, hoc modo; *Si paret, Titium occidisse pecudem Caji* vel *rem* ejusdem *rupisse, corrupisse, quanti ea res in eo anno* vel *mense plurimi fuerit, Judex condemna.* Cum formula semper ita pœnalis esset, fieri non potuit, ut diversæ naturæ esset actio inde formanda neque in pœnam tenderet. Verum est, formulas illas, tempore Justiniani non fuisse amplius in usu *tit. C. de formul. & impetrat. subl.* Sed non semper, aliqua re mutatâ, statim omnes ejus sequelas æquè mutari, innumerabilibus exemplis constat. Neque tamen adhuc aliter res se habuisse potest ipso tempore Justiniani, quod ad actionis naturam & denominationem attinet. Pependit enim hæc & dirigenda fuit secundum petitionem ac intentionem actoris. Atqui hæc etiam post abolitionem formularum, pœnalis esse debuit, hoc modo; *Quando tu pecudem meam occidisti, vel rem talem aut talem rupisti, corrupisti, peto mihi condemneris in id, quanti illud pecus, aut ea res in anno aut mense proximè præterito plurimi fuerit.* Quæ cum pœnalis conclusio sit, non potest nisi pœnalis actio censeri: Nam utrum res fuerit pluris ante quam periret, hoc, cum facti sit, ab initio poni vel sciri non potuit, è probationibus in progressu litis faciendis colligendum erat. Plane hæc res ejusmodi est; ut festinatâ nil opus fuerit Artis censura.

3. Superest *ἀντιλογία* D. Matthæi, qui non potest concoquere cruditatem Justiniani & Ulpiani, quod negando, actionem Legis Aquiliæ dari in heredem, morte ejus qui damnum dedit, interveniente, faciant ut pœna damni nulla sit. *Ecce Dominus rem suam perdidit sine ullâ suâ culpâ; Qui dedit damnum, moritur, heres ejus conveniri non potest, quam inique hoc comparatum est?* ait idem *Coll. 2. Inst. disp. 10. th. 10. consentientes* sibi laudans Wurmserum. *tit. 51. obs. 3.* Hotomannum *in d. §. his autem:* etsi hic Aquilium aut Ulpianum hac parte non reprehendit: sed alia ex causâ mirabilem legis Aquiliæ esse rationem scribit., de quâ dictum *est suprà ad l. 2.* Censura Matthæana pertinet ad locum communem à nobis tractatum in *l. 4. §. ult. de Alienat. jud. mut. c. f.* ubi probavimus, actiones ex delicto non dari adversus heredes, ne quidem si rei persecutoriæ sint; modo heres inde nullo modo sit locupletior, quo casu Re obligatur & valide convenitur, *Ipsâ l. præscriptâ.* Sed delicta sunt merè personalia, in quibus heres non repræsentat defunctum, ac ideo, si ipsa Res eum non teneat, conveniri non potest. Atqui de-

delictum ita manet impunitum, ajunt illi. Quid tum? Delicta pœnasque morte delinquentium interire tralatitium, nec minus justum est. Magis urget, quod rei & damni persecutio, quæ fieri potest ut sit pluris, quam pars hujus actionis pœnalis, eo modo, quoque evanescit; quod est verum. Sed idem fit in omnibus mixtis è delicto, in Actionè de vi bonorum raptorum, servi corrupti, Quod metus causâ, de Calumniatoribus aliisque pluribus; ut nequidem ad rei persecutionem dentur, nisi quatenus ad Heredem pervenit. *l.* 16. §. *ult. Quod. Met. c. l.* 5. *in pr. d. Calumniat.* Si nihil ad eum pervenerit, præstatio damni revera pœnæ loco est heredi, quem tamen nullo genere pœnæ teneri satis inter omnes convenit.

4. Hæc ita pro Iustiniano & Ulpiano; Etsi non negamus, à duobus hanc rem adspici posse lateribus: Ab eo quod Juris civilis auctores prætulerunt, scilicet; à parte heredis, ad quem nihil lucri pervenit, & qui ex delicto quod est mere personale, teneri non debeat; atque à parte læsi; cui morte delinquentis æquitatem reparandi damni è bonis defuncti, quæ sunt penes heredem, subduci non debeat. Et si qua lex hanc æquitatem rationibus Juris Romani præferendam putet, hæc non minus laudari, quam Jus Civile defendi poterit. Quod autem D. Matthæus provocat ad verba Justiniani, contra ipsum Justinianum, quæ sunt in *d.* §. *His autem*, quia de illorum sententiâ, quod satis ad hanc rem sit, egimus, ad *d.* §. *ult. de Alien. Jud. mut. f.* eadem hoc loco transmittemus. Sed cum moribus hodiernis, actiones ex delicto, quatenus Jure Civili pœnales sunt, privatis & læsis non dentur, sed tantum, quatenus sunt rei persecutoriæ; dicendum videtur, actionem Legis Aquiliæ cæterasque è delicto, jam, inquam, rei merè persecutorias, etiam dari adversus heredes eorum, qui deliquerunt & damnum dederunt; etsi nihil ad illos pervenerit è delicto; sufficiente ratione, quod bona defuncti, è quibus ille damnum luere debuisset, ad heredes pervenerunt.

5. De Emendatione proposita ad *l.* 27. §. *ult. h. t.* dicta non repetemus in *Prælect. ad h. t. n.* 9.

Ulpianus Lib. XVIII. ad Edict.

Si dolo Servus occisus sit, & lege Corneliâ agere dominum posse constat, & si Lege Aquiliâ egerit præjudicium fieri Corneliæ non debet l. 23. §. 9. *ad Leg. Aquil.*

1. Si pro solis Jurisperitis hoc scribendi genus institutum esset, hunc textum, aliosque è principiorum Juris explicatione pendentes, prætervehendos putarem: nec enim id agimus, ut quicquid Artis positionibus objici potest, heic accumulemus; quod equidem finem nullum haberet. Attamen, quæ Juris imperitis, hominibus tamen doctis offendiculum præbuisse compertum est, ea, secundum id quod ab initio constituimus, omitti non possunt. Etsi verum est, in hac lege non deesse quod etiam Juris studiosis iniquum videatur, & *infra* deinde intellegemus. Svetonius in *Tito cap.* 8. *in fine* scribit, cum vetuisse, *ne de eâdem re pluribus legibus ageretur*; Cujus rei usum Philippus Beroaldus *in Comment. ad istum locum*, ait fuisse talem, ut, cum antea reus ex aliquo delicto convictus & pu-

punitus, aut absolutus, ex alia Lege rursus ob idem crimen conveniri & plecti posset; hoc ut, inquam, Titus prohibuerit. Olim, inquit, *Si quis actionem intendisset adversario ex formula Legis Aquiliæ, & ille absolveretur, tum alterius legis actio mihi competebat, ut ita infelix reus divexaretur.*

2. At hoc illud ipsum esse videtur, quod in hac lege sancitum est, quâ, post quam actum est Lege Aquilia, de cæde servi, super eadem causa adversus eundem reum agi potest ex lege Cornelia; ut Legis Aquiliæ judicium non faciat præjudicium Legi Corneliæ, sed ex hac etiam post illam agi possit: quod sit ipsum illud à Tito prohibitum, à Beroaldo reprehensum. Enimvero tractatus de Concursu actionum difficilis & intricatior est, quàm ut animus aut opus sit, eum hoc loco excutere & absolvere: Sed quod ad hunc locum sufficiat, breviter & perspicue collocabimus: alias considerationes & difficultates alii textus suppeditabunt. Quando in uno facto sunt diversa delicta, nihil est iniqui in eo, ut singula delicta suis pœnis adficiantur; non magis quam si in una re sint diversa facta, quemadmodum, si quis servum primo pecudemve furatus, dein occiderit, tam de furto quam de cæde agi posse, nulla dubitatio est *l. 27. in pr. h. t.* Ita, cum damnum & homicidium diversa delicta sint, quorum pœnæ tendant in diversum, quis iniquum arbitretur, post & præter reparationem damni patrimonio illati, reum luere pœnam hominis occisi? Nec hoc Imperatori Tito, qui calumnias delatorum, & miserorum vexationes, ut Suetonius indicat, impedire voluit, in mentem venit prohibere. Sed ne unum idemque delictum diversis Legibus persequerentur, ut si de parricidio Lege Pompeja accusatus & absolutus, Corneliâ adhuc conveniretur, id humanissimus Imperator vetuit.

3. Atqui in hoc textu est unum modò factum, cædes servi. Ergone Aquilia Lege de cæde conventus & absolutus, adhuc Corneliâ postulari potest? Et si potest, an non hoc Titi Cæsaris constitutioni adversum, & Beroaldinæ reprehensioni obnoxium est? Enimvero si Cornelia Lege conventus & absolutus sit reus, Aquilia quominus adhuc conveniatur nihil obstat; quia Cornelia Dolum solumodo punit, Aquilia culpam quoque; Judicatus expers doli, non idio culpæ præjudicio gaudere debet. Sed prius Aquilia absolutus, Corneliæ non videtur esse subjectus; quia, si ne culpæ quidem reus est repertus, doli multo magis est expers. Ita sane; modo id ferant verba hujus textus, *Præjudicium Corneliæ fieri non debet.* E quibus dicendum videtur; sive quis ob hominem cæsum, Aquiliâ condemnatus, sive absolutus sit, eum Corneliâ adhuc posse compellari. Responderi potest primo: Textum facile contentum esse hac interpretatione, quod Aquiliâ condemnatus, cum sit judicium pecuniarium, Corneliâ, quæ capitale continet, adhuc teneatur, cum illa in diversum, judicia tendant. Ut autem qui absolutus est Aquiliâ, adhuc Corneliâ teneatur, in hoc quidem textu non est. Si quis id tamen inde sequi contendat, sic habeat. Forte non videri absurdum, si cogitemus, in judicio privato pecuniario, quale est Legis Aquiliæ, non esse tam gravem, quam est in capitali publico, ubi & alius accusator, inquisitionem. Propterea nec absurdum videri, illum qui judicio Legis Aquiliæ privato absolutus est, ab alio accusatore, pro rigore veteris disciplinæ, homicidii reum publico judicio peragi: quod adeo sic intelligi Eunomia facile patiatur. Cæterum, Tito Cæsa-

Cæsari proculdubio nihil aliud fuit propositum, quam facere, ne quis ob unum idemque delictum Publico judicio bis puniretur & adfligeretur contra manifestam æquitatem, expressam cum alibi, tum in *l.* 41. *d. Pœnis.* Sententiam *l.* 4. de *Publ. Jud.* quæ est contra hoc negatum præjudicium, occupavimus in *Prælect. ad tit. Inst. de Leg. Aquil. n.* 5. & defungi licet hoc medio; quod pendente judicio Legis Aquiliæ fiat præjudicium Publico Judicio; vel etiam quod ad probationem attinet si quando factum cædis in Aquiliæ judicio constat, idem in Publico præjudicat, ut ejus à priore decisio pendere videatur. Si quid amplius scrupuli in *d. l.* 4. resideat, hoc ad suum locum differatur.

Ulpianus lib. XVIII. ad Edict.

Si navis tua impacta in meam scapham; damnum mihi dedit; quæsitum est, quæ actio mihi competeret, & ait Proculus, si in potestate nautarum fuerit, ne id accideret, & culpa eorum factum sit, Lege Aquilia cum nautis agendum; quia parvi refert, navem immittendo, aut servaculum ad navem ducendo, non tua manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno adficior: Sed si fune rupto, aut cum à nullo regeretur, navis incurrisset, cum Domino agendum non esse l. 29. §. 2. *d. Leg. Aquil.*

1. Ex ratione juris naturalis, si navis alicujus, navi alterius damnum dederit, ejus est hoc luere, cujus est culpa. Si culpa neutrius argui possit, is qui passus est damnum casu fortuio, id tanquam à Θεοῦ βίᾳ ferre, nec alii imputare potest, ut recte Grotius *l.* 2. *cap.* 17. *n.* 21. De præstatione culpæ loquitur Ulpianus in priori parte hujus loci, de casu sine culpa in ultimis verbis, ut quidem habet Scriptura Florentiæ. Sed hanc esse vitiosam & sententiam loci, ut ibi legitur, esse iniquam statuit Anton. Faber in *lib.* 5. *Conject. c.* 17. Qui proinde verba postrema legit hoc modo; *Sed si fune rupto, aut cum à nullo regeretur, navis incurrisset, cum Domino agendum esse.* Quippe, Dominum esse in culpa, qui non prospexerit, ut & ab aliquo navis regeretur, & bonis funibus esset instructa. Ulpianum ita velle; si non casu mere fortuito & inculpato damnum sit datum, eo nomine dandam esse actionem, vel adversus nautas, si eorum culpâ factum sit, vel adversus Dominum, si nihil sit, quod nautis, quorum in male regendâ nave culpa consistit, imputari possit. Idem indicare videtur oppositio Nautarum & Domini; Priore casu illi, posteriore Dominus tenentur, quemadmodum in principio proponitur Quæstio, quæ actio competat; supposito, actionem competere.

2. Hæc etsi probabiliter ita Faber, à Cujacio tamen non admittitur emendatio *l.* 25. *Obs.* 10 neque Basilici aliter legerunt, quàm est Florentiæ *lib.* 53. *tit.* 2. *Εἰ δὲ χοινίου ῥαγέντος, ἢ μηδενὸς ἰθύνοντος, οὐχ ἐνέχεται ὁ δεσπότης. Si vero fune rupto, vel nemine Gubernante, non tenetur Dominus.* Atqui de Domino actum non fuit: quâ hypothesi bene cadit ad sensum adfirmatio; *prius nautæ tenebuntur, hoc casu, Dominus tenetur,* non æquè negatio, ut apparet. Verum Cujacius τὸ *sed*, pro conjunctivâ accipit, ut aliquando fieri probat, & τὸ *non*, vel pro nec sive *non*

etiam, hoc sensu. Priore casu, Nautæ, posteriore casu nec Dominus quidem. Bachovius Fabri antagonista mancipatus, ad *Tr. Vol.* 1. *Disput.* 8. *th.* 5. *lit.* E. non dissimulat, aliquanto commodiorem fore Fabri lectionem, negat tamen admittendam, quia nulla necessitas cogat; nec ab re, nec, addam ego, à contextu. Non ab re; quia funes etiam novi tempestatis violentiâ sæpe rumpuntur, neque semper exigi potest à Dominis navium, ut curent, ne unquam, in ipsis stationibus, sit navis sine custodibus; quod nec ab ipsis, si non iidem nautæ sed exercitores sint, fieri aut exigi potest. Sic igitur ait Ulpianus; Si culpa nautarum argui potest, hi tenentur Aquiliâ: Si ruptis funibus, aut nullo præsente nautâ damnum sit datum, de nautis quæri nequit, & *Dominus non tenetur*, ob causam prædictam. Teneamus igitur hoc, Emendationem esse rejiciendam, quia non est necessaria; sensus autem loci rectus & juridicus; casum fortuitum, ubi nullius intervenit culpa, sicut hic, non esse luendum; Nautis è nave in statione posita absentibus, si quid acciderit, hoc Domino imputari non posse. Adde §. 4. *d. l.* 29.

3. Sed quid est in nostro textu, *servaculum ad navem ducendo*? Quid est *servaculum*? Glossa reddit, *Gubernaculum*. Bene ad verbum: Sed vereor, ut sic differant, *navem immittendo*, aut *servaculum ad navem ducendo*, id est, gubernaculum. Immittere enim navem, nisi fallor, fit per Gubernaculum. Cujacius legit, *servaculum* 14. *Obs.* 13. Quod Glossa græcanica explicat, de clavo & gubernaculo, qui foret idem sensus; Alii *verriculum*, Charondas; cedo quo sensu? In Brissonio nihil hujus invenio. Alii lenunculum, idem quod lembunculum, ut idem Charondas ex Contio. At quid hoc ad aliam navem vi obruendam? Rursus alii, renunculum, sive remunculum; quod haud procul recedat ab eo quod Græci Basilici habent *in lib.* 53. *tit.* 2. qui pro his verbis, *navem immittendo aut servaculum ad navem ducendo*, vertunt ita; *χειρὶ ἢ κόντῳ ζημιοῦντες*, *damnum manu vel conto inferentes*, quod non est vertere scilicet, est, explicare compendio. Servaculum igitur est, contus, ut Græci putant. Enim vero sic magis arrideat, quod vulgatæ ante Florentinam habent editiones, *ferraculum*, aut ut Haloander, *ferriculum* ut quidem Gotofredus hic testatur: Etsi in textu Haloandrino est *verriculum*, ut Charondas modò, sensu nullo, ut videtur. Ferraculum aut ferriculum fuerit contus ferro adunco præditus, quo ad navem ducto, eique impacto, nostræ navis impetus, ne in deterius infligatur in alteram navem conversus sit. Si tamen verum est, quod Græci Basilici indicant; immissionem fieri per manum, distinctè à Gubernaculo, idque facultatem habeat, ut videtur habere, nihil vetat, retinere *servaculum*, quod sine dubio significat Gubernaculum. Ideoque retineamus hoc, fultis, ut τὸ Immittere, de quovis alio modo, præter Gubernaculum, id est, *servaculum*, intelligamus.

4. Non est hoc loco prætereundum, moribus gentium, apud quas maxime Navigatio viget, hujusmodi damna, si de injuria non constet, utrique esse communia, Grot. *d. c.* 17. 21. *Introduct. l.* 7. *part.* 38. *n.* 15. Groeneweg. *adb.* §. 2. *l.* 29. Ratio duplex hujus juris esse videtur: Una, quam Grotius reddit, ut occupetur & præcidatur ambiguitas probationis, uter in culpâ sit; ut navigantes utrimque tam qui minus, quam qui magis expositi videntur esse periculo, ad cavendum excitentur & cautiores reddantur. Ul-

Ulpian. Lib. XVIII. ad Edict.

Magistratus municipales, si damnum injuriâ dederint, posse Aquiliâ teneri. Nam & si pecudes aliquis pignori cepisset, & fame eas necavisset, dum non patitur eis cibaria adferri, in factum actio danda est. Item, si dum putat, se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit, & res tritas corruptasque reddat, dicitur, Legem Aquiliam locum habere; quod dicendum est, etsi ex lege pignus cepit. Si quid tamen Magistratus adversus resistentem violentius fecerit, non tenebitur Aquiliâ. Nam & cum pignori servum cepisset, & ille se suspenderit, nulla datur actio l. 29. §. pen. Ad. L. Aquil.

1. Hujus loci jus non servari neque servandum esse, docet Groenewegius, auctoritatibus hominum clarissimorum adductis, ex iis quæ dixit ad *Princ. Inst. de Obligat. ex quasi del.* Ubi sane plerique Commentatores ita de usu temporum adfirmant, hodiè Judices non nisi de dolo malo teneri; Legis Aquiliæ autem actio, datur etiam ex culpa §. 3. *I. h. t.* Sed rationes, quibus utitur Groenewegius, auctoritatem Juris Romani facile tuentur adversus hos, sicubi invaluerint, mores. Verba Groenewegii; *Idque vel ex eo manifestum esse videtur, quod imperitissimi quique judicandi munus ambiunt, minime veriti, ne per imperitiam male judicantes, plurimas lites, suas facturi sint.* Quid est aliud, mores arguere flagitiosæ ab Eunomiâ Romanâ discrepantiæ, si hoc non est? vel nisi, ut pene videtur, hoc agat ille satis εἰρωνικῶς? Pergit: *Et sane periniquum foret, & male ageretur cum judicibus, præsertim subalternis, si toties ipsi tenerentur, quoties iis aliquid per imperitiam aut per imprudentiam excideret.* Enimvero quanquam Magistratus hoc loco etiam lege Aquiliâ teneri dicuntur, hoc ita nullo modo capiendum, ut de cujusvis generis culpâ teneantur; Sed de factis ejusmodi, quorum in hoc loco exempla referuntur, ubi, si forte dolus absit, qui vix est, ut in his speciminibus usque quaque abesse queat, culpa tamen gravis & inexcusabilis subest.

2. Ejusmodi commissa culpæ in Magistratibus inferioribus absque animadversione transmitti, non habet rationem; nec ita Moribus ubique receptum esse, persvadent laudati à Groenewegio Scriptores; nisi quod in multis Civitatibus ea Magistratuum municipalium potentia est, ut civium querelas, & aliquando Superiorum animadversiones securè contemnant. In Frisiâ nostrâ pars hæc Eunomiæ Romanæ adhuc nullo modo sublata est; Neque Magistratuum Municipalium errores, quales in hoc loco, inexcusabiles, mulctis & actionibus obnoxii esse desierunt.

Ulpian. Lib. IX. Disputation.

Quod dicitur, damnum injuria datum Aquiliâ persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuriâ datum, quod cum damno, injuriam attulerit: Aut si magna vi cogente, fuerit factum. Ut Celsus scribit, circa eum, qui incendii ar- cen-

cendi gratia, vicinas ædes intercidit. Nam hic scribit, cessare Legis Aquiliæ actionem. Justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas ædes intercidit, & sive pervenit ignis, sive ante exstinctus est; existimat, Legis Aquiliæ actionem cessare. l. 49. §. 1. ad L. Aquil.

1. Censura; Non est singulis concedendum, quod per Magistratum publicè possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi, habet regula Juris 176. *d. R. I.* Idque in hac ipsa quæstione prudenter applicat Ulpianus in *l.* 7. §. 4. *ff. Quod vi aut clam*; ubi dicitur, id ita recte factum videri, si Magistratus id fecit, privato non esse idem concedendum. Idque notissima Moris hodierni observatio ubique merito confirmat, ut plerique ad hunc locum, eosque inter Autumnus & Groenewegius, adnotarunt. Quid igitur hic Ulpianus idem laudat Celsi hac de re sententiam, quæ privatum id ausum ab actione legis Aquiliæ liberat, etiamsi incendium ad illas ædes non pervenisset? Quod iterum adversatur *d. l.* 7. §. 4. ubi expresse distinguitur, ut, si ignis eo usque non pervenisset, in simplum, qui fecit, condemnetur; si pervenisset, absolvi eum oporteat. Dicendum videtur, Ulpiani & Juris Civilis sententiam ab usu populorum hodierno non discrepare; magistratibus esse rem committendam, vel hominibus aut præfectis ad illam rem specialiter constitutis. Quorum auctoritate neglecta, privatum id ausum, non ferre impune suam præcipitantiam, si deinde compertum sit ignem eo non fuisse perventurum *d. l.* 7. §. 4. Sed non semper Magistratus expectari potest, cum sæpe tanta vis & impetus ignis sit, ut res nullam ferat moram. Si tum justo metu ductus paterfamilias, vicini forte jam desertas ædes dejecerit, iniquum fuerit, eum de damno injuriâ dato condemnari. Neque si res ita se habeat, ut temeritas & inconsulta præcipitatio absit, ex eventu, si forte, præter opinionem, flamma, vento mutato, aliove casu non pervenerit illuc, reus est faciendus. Et de Lege quidem Aquilia, non facile, qui justo metu coactus fuit, tenebitur, neque id in *d. l.* 7. §. 4. scriptum est; sed in simplum ex Interdicto Quod vi aut clam, facilius tenebitur Privatus, si incendium prius quam ad domum dirutam perveniret, extinctum sit. Ita nihil aut Antinomiæ, vel Eunomiæ adversum, hac in re esse videtur

Alfenus lib. 2. Digestor.

In clivo Capitolino duo plostra mulæ ducebant. Prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulæ ducerent. Interim superius plostrum cessim ire cœpit: Et cum muliones, qui inter duo plostra fuerant, è medio exissent, posterius plostrum à priore percussum, retro redierat, & puerum cujusdam obtriverat Dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteat. Respondi; in causa jus esse positum. Nam si muliones, qui superius plostrum sustinuissent sua sponte se subduxissent, & ideo factum esset, ut mulæ plostrum retinere non possent, atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem: cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuissent, Lege Aquilia agi posse: Nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret, mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret; veluti, si quis asellum cum agitasset non retinuisset. Æque, si quis ex manu telum, aut aliud quid immisisset, dam-

damnum injuria daret. Sed si mulæ quia aliquid reformidassent, & muliones timore permotæ, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse l. 52. §. 2. Ad L. Aquil.

1. Autumnus; *Huic ultimo Alpheni responso*, inquit, *& æquitas & Juris ratio adversatur.* Et deinde sic instituit; Aut Aquiliæ Legis aut Quadrupedariam oportet actionem dari adversus dominum mularum. Aquilia non competit, *quia nulla ejus culpa redargui potest.* Nec quadrupedaria, quia non nocuit animal contra naturam generis sui, nec commota feritate, quod in actione de pauperie à pecude datâ requiritur, sed quia reformidavit aliquid; *quæ causa*, inquit, *excusanda est in brutis, quæ sensu carent.* Denique, subjicit; *His consentit Usus, cujus arbitrio tota Jurisprudentia Romana temperanda est.* Respondendum videtur ita; Si dominus fuerit idem plostri ductor, ut est versimile, vix est ut ab omni culpæ, quæ levissima sufficit *l. 44. in pr. h.* viciniâ remotus videatur. Quando enim factum ejus, qui rexit plaustrum intervenit, cum homo periit aut læsus est, difficulter ab imprudentiæ culpâ alienus esse potuit, quando & is qui propter infirmitatem mulam retinere non potuit, Aquiliâ tenetur §. *Impetu quoque mulionum* 8. *I. de Leg. Aquil.* Si vero dominus ipse non adfuerit, quominus tamen Quadrupedaria locum habeat, nihil adfertur. Quodlibet enim vitium pecudis, quo factum est, ut pauperiem fecerit, actioni isti locum præbet, ut si equus calce percusserit, aut bos cornu petierit; quorum utrumque nihil sine aliquâ occasione fit; Ita si quolibet transversario equi aut mulæ consternatæ Damnum dederint, hæc commota feritas esse videtur. Audiamus Ulpianum; *Itaque, ut Servius scribit, tunc hæc actio locum habet, cum commotâ feritate nocuit quadrupes, puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulæ propter nimiam ferociam. Quod si propter loci iniquitatem, aut propter culpam mulionis, aut si plus justo onerata quadrupes in aliquem onus verterit, hæc actio cessabit, damnique injuriæ agetur. l. 1. §. 4. Si quadr.* Secundum hanc analogiam, satis est materiæ, in hoc textu ad alterutram actionem. Quod autem ad Usum provocat Autumnus; si, quod supposuimus, verum est; adfuisse dominum ipsum; difficulter hunc excusatum iri, qui vehiculum, ipse regens, hominem aut pecus obvium oppresserit, quominus de damno dato teneretur, existimo. Vix enim est, ut fieri potuerit, ne non ille casus ullius mortalis vigilantiâ evitaretur. quod ad Aquiliæ Legis actionem sufficere diximus ex *l. 44. in pr. h. t.* Atque id usu nunquam aliter observatum fuisse comperi, nec dubitatum vidi; quin dominus plaustri ab ipso super infantem aut pecudem ducti, Lege Aquiliâ conveniri & damnari posset.

Paulus Lib. XXII. Quellion.

Stichum aut Pamphilum promisi Titio: Cum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit; Quæsitum est de actione Legis Aquiliæ. Respondi, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo Creditor. Quanti igitur fiet æstimatio? Utrum decem millium, quanti fuit occisus, an, quanti est, quem ne-

necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et quid dicemus, si & Pamphilus decesserit sine mora? Jam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est Promissor. Et sufficiet, fuisse pluris, cum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videtur fuisse l. 55. d. Tit. ad L. Aquil.

1. Pone de duobus equis. E duobus alterum tibi promisi. Præstando utrum volo, liberor, §. *si quis agens* 33. *vers. Ideo autem I. de Action. l.* 10. *in fin. d. Jur. Dot.* Proinde, si alter altero sit melior, ut fere usu venit, viliorem sine dubio promissor dabo. Tu interim hunc viliorem occidis, ut jam nonnisi meliorem tibi solvere possim. Solvo illum, sed tu mihi teneris ad ejus pretium; quia, si non occidisses viliorem, hunc tibi dando, meliorem retinuissem, & sic non ad pretium ejus, quem occidisti, sed ad melioris æstimationem teneris. Idque tametsi extraneus occidisset, ita se haberet, quia teneretur in id quod interesset mea §. 10. *Inst. h. t.*

2. Hactenus de priori parte legis, in quam extat Autumni Censura: Qui existimat, si tu viliorem equum occideris, me *plane tibi ad alterum meliorem dandum non teneri, ut putat,* inquit, *in hac lege Paulus: Nam stipulator alterum ex equis promissis occidendo sibi prius quam mihi injuriam fecit. Nam suum periculum, electione consumptâ, fecit.* Sed Pauli ratio est irrefragabilis, quod Tu alterum ex equis occidendo, in plus quam alius quilibet occidens, teneri non debeas: hoc est, ut quanti equus occisus intra annum plurimi fuerit, id præstes. Hoc si feceris, non amittis actionem ex Stipulatu, ad equum superstitem petendum. Nec enim alternativa promissio extinguitur, si altera specierum perierit *l.* 34. §. *pen. d. Contrahend. Empt.* Nec usquam hæc poena Legis Aquiliæ traditur; quæ non est alia, quam præstatio quanti res plurimi fuerit, cis annum retro, cum eo quod interest: In quo etiam sanè continetur damnum electionis ablatæ. Denique, verum est non magni esse momenti discrepantiam in hoc negotio. Certum est enim, quod Autumnus ponit, Te, occidendo viliorem, fecisse periculum tuum, & tibi prius quam mihi fecisse injuriam; cum mihi tenearis ad pretium equi melioris, quem à me petere potes, solvendum; Unde non multum abest, quin actionem amittas. Verum est tamen, si Equum superstitem omnino habere velis, me teneri ad ejus traditionem; ut tu pariter mihi tenearis ad pretium; quod si nolis solvere, potes ommittere actionem ex stipulatu, nec mihi tum dabitur actio Legis Aquiliæ, quia nihil interest, mea, ut quidem videtur, nisi quid secus deinceps, ut videbimus. Autumni Censura non valet.

6. Sed altera pars hujus Legis subtilior est. Post, vel antequam Tu viliorem equum occidisti, melior sine meâ culpâ & morâ decessit. *Jam pretium servi* (equi) *minuitur, quoniam liberatus est promissor*, ait Paulus. Bene, Jam enim liberatus sum promissione dandi è duobus equis alterum, quia sine meâ culpâ nihil est quod solvam: unum enim tu occidisti, alter casu periit. Quoniam verò jam cessat id quod interest superius dictum, quia meliorem equum retinere non potui, pretium vilioris minuitur, id est, non augetur eo quod interest, equum meliorem à me tibi fuisse tradendum; sed tantum suo respectu æstimatur. Non video quam ob rem opus sit cum Accursio, & omnibus quos viderim, Editoribus, hæc verba,

ba, *Jam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor*, notare signo interrogationis; neque sensus, nec particula connectens, *Jam*, quæ respondentis potius quam rogantis est, id pati videtur: quod sentiens Charondas pro *Jam* Legit, *Num*. De Florentino libro hac parte non est quod laboremus; cum in eo talia signa non reperiantur: Sed illi putant, aliter sequentia non congruere. Videamus. Et *sufficiat*, ait Paulus, *fuisse pluris, cum occideretur, vel intra annum*. Tu de equo occiso teneris, quanti cis annum retro plurimi fuit; directe quidem, nonnisi suo respectu. Sed pone, post mortem equi melioris, intra annum tu viliorem occidisti. De hujus cæde teneris, quanti plurimi fuit, cis annum retro. Atqui ante annum, vivo adhuc equo meliore, crevisset æstimatio vilioris ad pretium melioris istius, per id quod interest supra expressum. Ergo nunc eadem æstimatio in pœnæ censum venire debet. Et hæc videtur esse mens ultimorum verborum; *Hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse*. Sensus ita, ni fallor constat, absque interrogatione; quam cur illi necessariam putent, non opus est exponere, in loco, cujus major est subtilitas, quam usus.

4. Sed an non hac parte justior, quàm eâ parte, quam Autumnus impetit, censura videretur? Quid enim? Promisisti mihi ex duobus equis unum: melior ex illis sine culpa & morâ tuâ periit; alterum ego cis annum occidi. Tu liberatus es; Ego nihil habeo quod petam, nec peto quicquam. Numquid tu de viliore interfecto ages? Atqui nihil interest tua. Viliorem enim, quem mihi solvisses, non solvis, & meliorem casu amisisti. Nullum à me damnum passus es. Attamen delictum ego commisi, ex quo non ei cujus interest, sed Domino datur actio; Equus adhuc erat alienus; nec usquam is qui rem sibi debitam peremit, â Lege Aquiliâ, quod sciam, liberatur. Ergo si res pluris fuerit cis annum, ad pœnam teneri occidentem, non est iniquum. Sed pœna nimis subtiliter exquiritur, ut hic quidem Paulus colligit; Equus enim occisus non dicitur in se fuisse pluris cis annum retro; sed pluris fuisse futurus, si ante annum fuisset interfectus: idque non per se, sed ratione ejus quod interest, non quod revera fuit, sed quod esse potuisset, si melior equus tum adhuc vixisset. Quod videtur impingere in requisitum ejus quod interest, ut hoc in re ipsâ sit radicatum, non incertum & imaginarium, quod Interpretes in hac ipsâ materiâ ad §. *Illud non* 10. *I. de Leg. Aquil.* rectè inculcant. Plane, si quis hac parte nihilo justiorem censuræ causam esse, quam Autumnus in primâ parte, movit, demonstrare possit, erudite gaudebimus Eunomiæ gratia. Strictum jus, fateor, est pro sententia Pauli; Sed dubito, an æquitas ferat, pœnæ rationem inde usque adeo tam longe peti. Si quis tamen arbitrariam æquitatis rationem certis juris scripti rationibus præferendam non putet, huic nihil est quod refragemur. Cæterum illud ultimum ab usu temporum, quæ Legis Aquiliæ actionem non faciunt pœnalem, recedere, non potest, neque sane debet ignorari, ut Groenewegius aliique scriptores pragmatici *ad h. t. Inst. & ff.* confertim monuerunt.

Ulpianus Lib. XXIII. ad Edict.

Sed cum homo liber periit, damni æstimatio non fit in duplum, quia in homine libero, nulla corporis æstimatio fieri potest. Sed quinquaginta aureorum condemnatio fit l. 1. §. 5. d. His qui effud. vel Dejec.

1. Agitur hic de præstatione damni, quod è cœnaculo alicujus in Transeuntes incerto auctore datum sit. Ex eo Habitator regulariter in duplum tenetur, si liber homo sit interfectus in quinquaginta aureos, si vulneratus in impensas & mercedes Medicorum, & in id quod interest, ratione operarum, quibus caruit & cariturus est, ac omne reliquum damnum & lucrum cessans; quod sæpe summam 50. aureorum immenso excedere palam est. Quod JurisCti corpus liberum æstimari nolunt, bene est. Sed illud instar æstimationis aut pœnæ in 50. aureos nimis est sordidum. Nobilitas hominis liberi dehonestatur ejusmodi pœnâ cædis, quæ minor est plurium pretio servorum & jumentorum. Stichus & Pamphilus, servi, de quibus habuimus ad *l. pen. ad L. Aquil.* erat alter decem, alter xx. millium sestertiorum, quorum singuli centum, faciunt aureum; ac ita Pamphilus fuit aureorum ducentorum, quâ summâ liberi hominis vita, per alterius animal noxium extincta æstimatur in *l. 42. d. Ædil. Ed.* Commodum hic usu veniat, quod Cujacius *l. 19. Obs. c. 32. &* ex eo Wissembachius noster, in *Emblem. Trib. ad l. pen. & ult. d. In jus Voc.* in locum communem redegerunt; ubicunque Legitur aureorum certa summa, scriptum fuisse ab auctoribus legum, totidem millia sestertiorum. Hoc aliquanto fit honestius vitæ humanæ pretium, si pœna sit *quinquaginta millium sestertiorum*, ac ita *quingentorum*, pro *quinquaginta*, aureorum; juxta computationem, quam demonstravimus ad *d. l. pen. & ult.* Cujusmodi alternativa Lectionum, *quinquaginta & quingentorum* observata quoque est Edicto prætoris, quale & hic est, in *l. 7. in pr. d. Jurisdict.* Proinde, si quis illam & heic aureorum summam putet intelligendam, non est quod ad rem ipsam multum refragemur. Etsi minime concedimus, Justinianum mille sestertios à *veteribus* scriptos, in totidem *aureos* commutasse, quod refellimus ad *d. l. ult.* Sicut etiam hujus emendationis, ut *quingenta* pro *quinquaginta* legatur, etsi facilis in numeris sit error, nos auctores terre, non est animus.

2. Causa minoris mulctæ, si quinquaginta duntaxat aureorum sit, hæc fuerit, quod Habitator in actione hujus Edicti non è suo dolo, nec quidem è culpâ sua, verum ex alieno commisso convenitur. Denique, recentiores populi nihil hactenus habent, quod Juri Romano, comparatione sui objiciant; quando satis constat, civilem hominis occisi mulctam, Wehrgeldium vocant, non excedere viginti coronatos sive Imperiales, teste Carpzovio *Crim. p. 4. C. XI. n. 1.* Idque licet de proprio facto aliquis condemnetur, civiliter, inquam, ut hic etiam civilis multa irrogatur. Apud Frisios veteres Handleesena / id est, redemptio corporis, an capitis; de utrovis enim accipi potest vocabulum; pro homine libero erat LXII. Solidorum, alicubi LII. vel *quinquaginta*, ut est in LL. *Fris. tit. 1. & seq. de Homicidio.* Solidus autem, ut Siccama putat, *ad tit.*

de

de Composit. ac probat, constitit decem stuveris & semisse, quæ est quantitas hodieque solidi sive *Schellingi* Anglicani. Adeo ut Wergildum Frisicum non excesserit decem, aut alicubi, (nam secundum regiones nonnihil variavit) XII. Imperiales. Idque super homicidio in pugna admisso, ut indicat vox Wergild: Nam Werre significat pugnam, certamen. Unde Longobardicum & Celticum *Guerre*, bellum, & hodiernum Frisicum Weer / Weerkamer / judicium, & locus judicii, ubi jure manus conseruntur. Hanc multam Ordines Frisiæ meritò auxerunt ad trecentos Florenos majores, olim *aureos*, ac etiamnum ita dictos *lib.* 2. *Stat. tit.* 13. *art.* 1. à quibus non multum abhorret multa Romana; Quinquaginta enim aurei vetere monetâ Romanorum, facile ferunt trecentos septuaginta *quinque Carolinos*, quæ summa non multum est infra Weregeldium præsens Frisicum, quod tenet Carolinos 420. Idque non in vero delicto, ut apud nos, sed in facto, quod sine fraude vel culpâ, Patrifamilias, ob id quod à suis commissum fuit, infligitur. Nihil igitur est, quod hactenus in Eunomiâ Romanâ desideretur.

Ulpianus Lib. XXIII. ad Edict.

Cum autem Legis Aquiliæ actione, propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes, vel quis alius de cœnaculo dejecit, damnatus est, in factum dandam esse, Labeo dicit, adversus dejectorem. Quod verum est; Plane si locaverat dejectori, etiam ex locato habebit actionem l. 5. §. 4. *d. His qui effud. vel dejec.*

1. Censura Viri Cl. *lib.* 1. *Probabil c.* 13. Sublatus est, *inquit*, error unus Ulpiani in *l.* 5. *d. L. Aq.* Sequitur alter ejusdem Juris consulti haud minor lapsus in *l.* 5. §. 4. *d. His qui dejec. vel effud.* ubi dicit, horrearium aut apothecarium, qui aliquid dejecerit, aut effuderit, aut si quis operantium id fecerit, quem in §. *præcedente* 3. dixit in factum teneri, hunc in *nostro* §. 4. scribit Aquiliæ Legis actione condemnatum, *quarum appellatio distinctissima est*, ait Vir Cl. Ac ideo pro Legis Aquiliæ actione, scribit in hoc §. 4. IN FACTUM actione. Si est hæc emendatio, non erit Ulpiani lapsus, verum scribæ, quod malim; Nec enim tam est credibile, Ulpianum nescivisse jus, in quo versabatur, quam hunc locum esse corruptum. Vir Cl. tamen Ulpiano imputat lapsum; ideoque scribit ita, quod scribendo ille perverterit. Anton. Faber modestius erga Ulpianum, scribæ imputat errorem; Ulpianum scripsisse credit, ita *hac actione*, quod more Veterum fuerit scriptum, h Actione; majusculæ enim geminandæ sunt in legendo, Florentiæ. Descriptor putavit, duas priores literas esse initiales; Sed h. pro l. accepit, sive errore scripturæ, seu quid h. sibi vellet, nesciens; ita concepit L. A. unde fluxerit, *Legis Aquiliæ* actione. Ita Faber; Ingeniose profecto, nec forte non vere; si unquam hoc genere conjecturarum usus sit, qui creberrime usus est Cujacius. Accursii explicationes Vulgatæ, id est Florentinæ Lectionis, hac parte non satisfaciunt. Ulpianum lapsus arguere tam inepti supervacuum videatur.

Gajus Lib. VI. ad Edictum Provinciale.

Cum liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum effusumve quid erit, læsum fuerit: Iudex computat mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia quæ in Curatione facta sunt. Præterea, operarum, quibus cariturus est, ob id, quod inutilis factus est. Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit æstimatio; quia liberum corpus nullam recipit æstimationem l. ult. d. His qui effud. vel dejec.

1. Ejusdem argumenti textum prætervecti sumus in *l.* 3. *supra Si Quadr. paup.* ex eodem opere Gaji ad Edictum Provinciale, sed è *libro* VII. Censura horum librorum est ad eam partem, quâ dicitur, æstimationem nullam fieri deformitatis & cicatricum, eo quod liberum corpus nullam recipiat æstimationem. Groenewegius ad *h. t.* Futilis mehercle ratio, *inquit:* Nam vel ob id ipsum, quod tanti sit humana facies, ut ad similitudinem pulchritudinis cœlestis figurata dicatur in *l.* 17. *C. de Pœn.* eo magis ratio debet haberi deformitatis & cicatricum. Sic ille. Quidam Antecessor Juris in Belgio nostro Auditoribus suis inculcare solebat; Advocatis licere plus salarii à clientibus suis exigere, quam publicis tabulis præscriptum sit, argum. *l.* 1. §. 5. *d. Extraordin. cognit.* ubi Jurisprudentia dicitur esse res inæstimabilis; Ideoque æstimationem publicam esse nullius momenti, nec ponere terminos exactioni salariorum, cum opera Jurisprudentiæ nullam recipiat æstimationem. Sic etiam, volunt illi, in hac re concludendum foret; eo quod liberum corpus inæstimabile sit, ejus læsionem quam maximâ pecuniæ summâ, duntaxat ex bono & æquo, esse luendam. Plane, rationem Juris in *hac l. ult.* jam olim Interpretes in Virginibus, ne quid obstet earum nuptiis, haud ferendam putarunt, ut è veteribus adnotavit Gotofredus *hic*, idemque firmat Gomez. *tom.* 3. *Resol. c.* 6. *n.* 12. Ampliatur id etiam, ut & doloris æstimatio seorsim fiat, teste D. Matthæo *tract. de Crim. lib.* 47. *c.* 3. *n.* 4. cujus tamen ex eadem ratione Gaji, cum sit affectio liberi corporis, in æstimatione judiciali ratio habenda non foret.

2. Non potest negari, quin hæc, quæ Usus probat, æquitati sint consentanea. Nec tamen si res bene, comparatis omnibus Juris articulis, exigatur, Eunomiæ Romanæ quicquam iniqui merito quis imputaverit. Sic enim ponenda est ratio. Vulnus in faciem vel aliam corporis liberi partem inflictum est, dolo vel per imprudentiam. Si hoc, juris ratio non exigit amplius, quam ut damnum reparetur, Damnum autem est diminutio patimonii *l.* 7. *d. Damn. inf.* Cujus partem cum non faciat liberum corpus, aut ullum ejus membrum, neque vere detur illius pretium pecuniarium, quam facit injuriam humano generi lex Romana, quando liberum corpus, aut ejus partes vel affectiones non subjicit æstimationi? Quod si dolo facies hominis violata sit, jam datur actio, non Legis Aquiliæ, sed Legis Corneliæ injuriarum, quâ læsus ipsemet injuriam suam æstimat, eamque judex, ratione dignitatis personarum, loci, corporis aut rei gestæ, sine præscripta summâ secundum rei qualitatem æstimat, eoque casu vel maxime deformitatis, cicatricum & doloris haberi potest ratio §. 9. *Inst. de Injur. l.* 7. §. 7. *& seq. l.* 8. *eod.* Bene consultum est earum gentium Legibus, quæ singulis vulnerum

nerum aut læsionum speciebus certas imposuere mulctas, quemadmodum fit in Frisiæ Statutis *lib.* 2. *tit.* 2. Quibus tum ratio deformitatis inclusa videtur, etsi Statuta minime concepta sint, ad intentionem & inæstimabilis. Quomodo, v. gr. si cui oculus excutiatur, dimidia pars wergeldii, de quo diximus, exigitur, & bini oculi mulctæ cædis æquiparantur *art.* 4. Vulnus in faciem impressum duplo aliorum vulnerum æstimatur *art.* 11. Præter quas mulctas ita Lege determinatas & quicquid intersit partium, nihil amplius, doloris aut deformitatis respectu, à Curiâ Supremâ, petentibus adjudicari solet, ut omnibus in Foro nostro agentibus constat. Quatenus Lex nihil certi præscripsit, ego sic censeo; nihil melius, æquius, tutius esse, quam sequi expositam modo Juris Civilis distinctionem. Quæ in æstimatione patientis collata, notabilius ad liberi corporis dignitatem æstimandam comparata fuit; quam hodiernæ pœnæ Statutorum.

Ulpianus Lib. xxxvII. ad Edict.

Si servus meus rem tuam subtraxerit & vendiderit, tuque nummos, quos ex pretio habebat, ei excusseris, locus erit furti actioni ultro citroque: Nam & tu adversus me furti ages, noxali servi nomine, & ego adversus te nummorum nomine l. 38. §. 2. *d. Noxal. act.*

1. Diu male me habuit hic locus ejusque ratio, quâ, si nummos ex re mea redactos furi excusserim, furti potius tenear, quam incidam in pœnam Divi Marci constitutionis, quâ jus suum, qui sibi ipsi jus dixerit, & rem suam vel sibi debitam, aliter quam per judicem reposcat, amittit *l.* 13. *Quod met. c.* Quare autem Furti teneor, qui sine dubio lucrifaciendi animo caream, id agens, ut nummos ex re meâ redactos à fure recuperem? cum id, etsi non legitimo tramite fiat, excutiendo nummos è manu; furti tamen crimine, quod absque animo lucrifaciendi non committitur §. 1. *Inst. de Oblig. ex del.* non minus id vacat, quam rapina esse negatur, quando quis rem suam vel sibi debitam eripit invito; quia lucrifaciendi studium abest, cum is incidat in prædictam D. Marci constitutionem §. 1. *de Vi bon. rap.* Glossa rectè ponit, ut excussor Furti teneatur, oportere eum habuisse animum lucrifaciendi: At quomodo in hac specie animus lucrifaciendi adsit, non explicat: Si prius de furto peregisset dominus rei furtivæ & dein nummos excussisset, jam manifestus erat lucrifaciendi, & sic merito furti teneretur. Sed hanc hypothesin verba textus non ferunt, cum actio Furti reciproca detur, postquam nummi sunt excussi. Dicerem magis merito: Illum qui excussit nummos, amittere actionem Furti, cum, quia nihil jam ipsius interesset; Actio furti autem nonnisi ei, cujus interest, datur; tum propter constitutionem D. Marci. Sed hanc non habere locum, ait Accursius, quia nummi ex re furtivâ redacti, neque sunt proprii, neque debiti Domino rei furtivæ: Proprios concedo; Debitos non esse, nego; quia condici possunt nummi ex re meâ redacti *l.* 23. *d. Reb. Cred.* Quid ergo tandem? Duplex solutio placet; Prima, Dominum rei furtivæ, cum nummos è manu servi furis excuteret, nescivisse, nummos illos ex re suâ esse redactos; Ideoque animum lucri-

lucrifaciendi habuisse: quo posito, cessat omnis difficultas, tam de animo quam de sanctione divi Marci. Non habetur equidem in textu, neque περίστασις facti illam conjecturam valde, fateor, favorabilem reddit. Furtum mihi factum, Res vendita, pecunia in manu furis, excussi à me nummi, confertim omnia scientiam in me presse arguere videntur. Nihil tamen est in textu, quo illa facti species excludatur. Si cui tamen hoc minus sederit, is videat, an melius congruat id; quod observat Scholiastes Græcus, qui furti qualitatem in Domino rei furtivæ tum demum intelligit, ubi nummos excusserit, ἐπὶ τὸ λαβεῖν αὐτοὺς ἕτερον, *ut alius eos acciperet*. Hoc enim ita proditum est, qui nummos excussit, ut tertius eos auferret, hunc Furti teneri, ut cujus ope, consilio furtum sit factum *l.27.§.21.ad L. Aquil.* Non agitur ibi quidem de casu, quo nummi excussi, ex re excutientis furto ablatâ redacti sunt, attamen hunc casum æquè de talibus quam de aliis nummis, evenire posse palam est. Atque hic casus exemptus est objectionibus commemoratis.



EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM X.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus Lib. XXIII. ad Edictum.



Inium regundorum actio in personam est, licet pro rei vindicatione est l. 1. d. Fin. regund.

Hic locus videtur esse τῶν ἀσυστάτων, terminis male cohærentibus. Nam actio in personam datur adversus certum hominem ejusve heredem; Rei vindicatio contra quemlibet rei possessorem, quæ simul & de una eademque actione prædicari vel usum habere non possunt, ut probat Ant. Faber 20. *Conject.* 10. Quod etsi ex hypothesi mixtarum actionum, quæ simul in Rem & in personam sint, multis aliter videatur, revera tamen ἐκ τῶν ἀδυνάτων, ex iis quæ fieri non possunt, habendum est; ut actio contra certam, & contra quamlibet personam, una sit ac eadem: Qualis hæc finium regundorum actio foret, siquidem in personam simul & *pro* rei vindicatione, id est, jure vindicationis daretur, quemadmodum pro socio, pro emptore, pro dote, pro soluto, id est, jure solutionis, dotis, emptoris jure sive *titulo*, & id genus alia, sumuntur. Atqui non est verum, in hac actione *de jure Dominii quæri*, ut Faber hic ponit, sed de finibus regundis, cohærens saltem quæstioni proprietatis, *l. 3. C. h. t.* Ergo de illa non est conceptum hoc judicium. Sed nos particulam *pro*, sic accipimus, ut pro Consule, pro Prætore, id est, loco Prætoris aut Consulis, ut sensus tum sit; Finium regundorum actio in personam est; *Licet*, hoc est, non obstante, quod pro rei vindicatione sit; sive, loco rei vindicationis, ejusdemque effectus: Quia cum quis fines inter suum & vicini agrum, decem perticis ultra esse promovendos contendit; si id obtineat, perinde est, ac si agrum intermedium vindicasset; Etsi in actione movenda, simpliciter in personam, ad submovendos fines, egerit. Bene ad hunc sensum Basilici, Εἰ καὶ περιεχόμενον ἐκδίκησιν ἔχει; *Quanquam rei vindicationem contineat* Finium

Regundorum actio. Hæc cum iis, quæ *in Prælect. ad h. t. & de Heredit. petit.* diximus, utiliter comparari possunt.

2. Quidam in Belgio Professor Juris ferre non poterat, *hujus L. 1.* verba, *licet est.* Legebat ita; *Licet pro rei vindicatione sit.* Nimis grammaticè: Nam veteres tam anxiè non connectunt. Ulpianus idem, in *l. 8. §. ult. d. Transact. Quia fructus habitationis præstatur, licet ruinæ vel incendio subjecta transactio est*, ubi domus de qua transactum, audaci tropo, vocatur *Transactio.* Julianus in *l. 2. §. 2. d. jur. Codicill. Licet directæ libertates deficiunt.* Alibi, *Licet non fuit condemnatio sequuta l. 20. in fin d. Accusat.* Rursus; *Licet enim una est actio*, quà de peculio deque eo quod in rem domini versum sit agitur §. 4. *I. Quod cum eo, qui in al. pot. Etc.*

Paulus Lib. XXIII. ad Edict.

Sed & loci unius controversia in partes scindi adjudicationibus potest, prout cujusque Dominium judex in eo loco compererit l. 4. in pr. Fin. Regund.

1. Antonius Faber in *Rational. ad h. l.* Arbitror, ait, legendum esse *Dominii jus*, non, ut vulgo, *dominium.* Nimis luxuriosa crisis, absque ullà non modo necessitate, sed etiam ingrato cum nexu verborum, *Dominii jus Judex!* Quid autem hic adferat *Dominii jus* quod non sit in *Dominio*, nec ipse edisserit, nec mihi percipere datum est. Sed hoc aliquem male habeat; Adjudicationes veniunt ex jure partium, ut v. gr. uni adjudicetur agri pars alterius, & huic vicissim pecunia detur, quod neuter exigendi jus habebat *l. 2. §. 1. & l. 3. h. §. si finium 6. Inst. de Off. Jud.* Hæc autem scissio in partes fit ex dominio, sive, quod Faber malit, jure Dominii. Dicamus ita; Adjudicationes, quæ sunt officii, non opponuntur juri partium, sed juri Actionis. Atqui dominium vel jus ejus non est in actione; sed in hac, de finibus, ubi terminentur illi est quæstio. Cum igitur de finibus certi loci Partes ambigunt, & judex intelligit, dominium loci in partes minores jure divisum esse, quam intentio mutua de finibus erat, tum ex officio fundum scindere potest in totidem partes, in quot dominium, etsi ad hoc non contenderint, jure divisum est.

Paulus in d. lib. XXXIII. ad Edict.

Qui communem fundum habent, inter se non condemnantur: neque enim inter ipsos accipi videtur judicium l. 4. §. 6. Fin. Reg.

1. Spectat ad locum communem Antonii Matthæi; *JurisConsulti sæpe otiosas & inertes rationes, quæque bis idem inculcant, dictorum suorum reddunt. Disp. fund. 10.* Quid enim? Non condemnantur inter se; quia inter se non accipiunt judicium. Ecquid est idem per idem, si hoc non est? Aut quid inertius, monere, quod condemnandi non sunt, qui non accepere judicium. Sane ita, si res in thesi consideretur. At ponesis ita quæstionem. Socii ipso facto acceperunt hoc judi-

judicium, de fundo communi, causa disceptata est: Quæritur, an condemnandi sint. Non sunt: quia non videtur acceptum inter eos judicium, de jure, quod de facto acceptum est cum sit ipso jure nullum. Ita nemo dicet, otiosam esse *αἰτιολογίαν* vel *μυθολογίαν*.

Paulus Lib. XXIII. ad Edict.

Sive via publica intervenit, confinium non intelligitur, & ideo finium regundorum agi non potest d. l. 4. §. ult. Fin. reg.

1. Hic locus inter paucos editionis Florentinæ, ex incuriâ, vitiosus est. Pro *sive* legendum, *si vero*, ut Glossa, Vel, *ut* Faber, *si flumen vel via*, arg. *l. sequentis*, ubi *Si via publica vel flumen*. Satis est in glossa.

Ulpianus Lib. VI. Opinion.

Ad Officium de finibus cognoscendi pertinet, mensores mittere & per eos dirimere ipsam finium quæstionem, ut æquum est; si ita res exigit oculisque suu subjectis locis, l. 8. §. 1. Fin. Regund.

1. Ultima verba non bene sita esse, res loquitur; Pone sis ita, sine mutatione; *Oculisque suis, si ita res exigit, subjectis locis*. Faber, *oculu quoque suis*; Non opus est addi quicquam: Trajectio sufficit, ut videtur.

Ulpian. Lib. XIX. ad Edictum.

Ceteræ itaque res, præter nomina, veniunt in hoc Judicium l. 4. in pr. Famil. ercisc.

1. Imo nihil commodius, expeditius, usitatius in familia erciscundâ, id est Hereditate dividenda, quam Nomina, sive obligationes & Actiones, occurrit, & reperitur; ut omni die res & usus docet, longe melius & facilius obligationes, quam domos & fundos dividi. Nec potest hæc res imperito Juris, & forte ne perito quidem, non absurda videri, si philosophiam Juris non excutiat. Hæc autem talis est; Obligatio est Jus personæ debitoris aut creditoris inhærens, incorporale & individuum; Facto hominis aut Judicis, per rerum naturam non potest dividi. Sed Lex inter heredes, defunctum pariter repræsentantes, facit divisionem juris, relatione ad materiam debiti facta *l. 6. & 7. C. h. t.* Hæc Legis partitio manet immutabilis. Singuli heredes pro suis partibus obligant & obligantur, nec possunt aliter, quicquid inter se dividant, vel judex adjudicet; divisio quæ juris est manet. *l. 3. h. t.* Sed eventu usuque populari verum est, nihil commodius, usitatius esse, quam Nomina & obligationes ad divisionem. Nec tamen obligationes & nomina hodieque dividi verissimum est. Fiat exemplum; Tres sumus heredes, Tres sunt obligationes, Partimur eas, singuli unam capimus. Ego ex meâ,

debitorem convenio. Respondet ille; Ego tibi soli non debeo, sed cunctis simul heredibus. Replico, Divisimus inter nos, mihi cessit hæc, quam tu debes. Ille duplicat; Obligationes & nomina dividi non possunt: Ipso jure nonnisi tertiam partem tibi debeo; hanc tibi solvam. Et habet rationem. Opus est, ut coheredes mei suas partes mihi cedant: Tunc illum pro meâ quidem parte, meo jure, pro cæteris partibus, non jure divisionis, sed jure cessionis conveniam. Idcirco cessiones Familiæ Erciscundæ instrumentis hodieque à Notariis inseri solent & debent.

Ulpianus Lib. XIX. ad Edictum.

Sed & si quid pecoribus nostris à bestia ereptum sit, venire in familiæ erciscundæ judicium putat (Pomponius) si feram evaserit: Nam magis esse, ut non desinat nostrum esse, inquit, quod à lupo eripitur, vel aliâ bestiâ, quamdiu ab eo non fuerit consumptum l. 8. §. ult. Famil. Ercisc.

1. Occurrit hic locus notabilis, de rebus ita amissis, ut recuperatio desperetur, utrumne, si forte servatæ sint, occupantis fiant, an veteri domino restitui debeant. Ulpianus & Pomponius *hic*, putant, ovem nostram à lupo de grege raptam manere quandiu consumpta non fuerit ovis, ideoque restituendam. Quid autem pro desperato liquidius haberi possit, quam à lupo raptum & ablatum pecus, haud facile dixeris. Aliter tamen Grotius hanc rem accipit in *lib. 2. de jur. B. & P. c. 4. n. 13. Sic amissum censetur id*, inquit, *cujus recuperandi spes projicitur; ut porcos à lupo raptos, & quæ naufragio amittimus, nostra esse desinere, ait Ulpianus, non statim, sed ubi recipi non possint; Id est, ubi non est, cur credatur, aliquem animum Domini retinere, cum nulla talis voluntatis indicia exstant. Nam si emissi essent, qui rem inquirerent, si promissum μήνυτρον, aliud esset judicandum.* Hanc quoque rationem sequuti sunt Hebræi sapientes, quos Grotius libenter sequitur, teste Seldeno de *Jure Nat. & Gent. lib. 6. c. 4.* Nos primo de sententia Juris nostri, tum de comparatione videbimus.

2. Et hoc quidem loco Ulpianus & Pomponius rem à bestia raptam, manere prioris domini, donec absumpta fuerit, disertis verbis adfirmant. Grotius ad ejusdem Ulpiani locum, eodem libro 19. *ad Edictum*, qui extat in *l. 44. d. A. R. D.* respicit, quem proinde conferamus oportet. Sic est ibi, *Pomponius tractat*; Planè ut in *hac l. præscripta* Pomponii sententiam refert & explicat; mirum igitur fuerit, si aliud ibi, quàm *hic loci* tradat; *Cum pastori meo lupi porcos eriperent*; Est idem casus, qui in *hac l. 8. §. ult. Hos vicinæ villæ colonus, cum robustis canibus & fortibus, quos pecoris sui gratiâ pascebat, consecutus, lupis eripuit, aut canes extorserunt; & cum pastor meus peteret porcos, quærebatur, utrum ejus facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant.* Et quoniam (fas sit ita legere, pro *nam, tamen*) *genere quodam venandi id erant nacti, cogitabat, quemadmodum terrâ marique capta, cum in suam naturalem laxitatem pervenerunt, desinerent eorum esse qui ceperunt: ita ex bonis quoque nostris capta à bestiis terrestribus & marinis, desinant nostra esse, cum effugerint bestiæ nostram persecutionem. Quis denique manere nostrum dicit, quod avis transvolans ex agro aut ex area nostrâ abstulit, aut quod nobis eripuit. Si igitur desinit;*

nit; *si fuerit, ore bestiæ liberatum, occupantis erit. Quemadmodum piscis, vel aper, vel avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit.* Hactenus dubitandi rationes pro sententiâ, quæ Grotio placuit, è personâ Pomponii ab Ulpiano expositæ sunt. Subjicit veram Pomponii suamque sententiam. *Sed putat potius, nostrum manere tandiu, quamdiu reciperari possit*. Potest autem fieri, ut decisio cum hac *l.* 8. §. *ult.* conveniat. *Licet in avibus & feris & piscibus verum sit, quod scribit*, Pomponius scilicet; nempe feras & pisces, ubi evaserint custodiam nostram, ut difficilis sit eorum persecutio, rursus occupantium fieri; quia tribuerunt hoc ipsorum animo, non redeundi & arripiendi naturalem libertatem. *Idem ait, si naufragio quid amissum sit, non statim nostrum esse desinere.* Hoc captat Grotius; quasi non quidem statim, post tamen aliquanto amittatur dominium rerum naufragarum, quod est contra quam infinite scriptum est in *l.* 1. §. *ult. l.* 8. *ad L. Rhod.* §. *ult. I. de R. D.* Opposita opinio est hæc; quod naufragio amissum est, statim desinere esse nostrum: negat hoc Ulpianus; non statim desinit esse nostrum, ait, quod illi volunt: Sed illa ἀλογικὴ. Ergo paulo post statim desinit; non est in Ulpiani verbis; *Denique* ait *quadruplo teneri eum qui rapuit*; cui rationi non tam brevi, quam Grotius vult, præscribitur. Postremo Ulpianus; *Et sane melius est*, inquit, *dicere, & quod à lupo eripitur nostrum manere, quamdiu recipi possit, id quod ereptum est.* Glossa Grotii, *id est, quamdiu non extant indicia voluntatis domini*, non habet rationem. Aliud est quamdiu recipi possit; aliud, quandiu recipere se velle declaret.

3. Romanorum igitur sapientum mens est; Amissa naufragio, per bestias aliterque nobis invitis erepta, quamdiu non habuimus illa pro derelictis; Id est, quamdiu illa habere non nolumus, tam diu res in dominio manere nostro, etsi de recuperanda eâ desperatum sit; adeo, ut si præter spem recuperata sit, quominus prior dominus rem vindicet, nihil impedimento sit; quod Grotius & Hebræi minus esse juridicum arbitrantur: Hi tamen addunt hanc limitationem, Seldeno teste; nisi dominus addiderit, signa rei suæ, quibus amissa recognosci queant, ut solent mercatores in rebus, maximè compactis ad navigandum. Sed præter quod hæc signa non in casum amissionis potiusquam separationis ab aliorum rebus imponuntur, existimo, res suas retinendi desiderium, non minus ex affectu naturali cujusque domini, quam ex signis adscititiis colligi. Quin fortius æquitatis argumentum in hoc est, quod nemo sine facto suo, rei propriæ dominio privandus sit; quam quod discurrendo fatigatus rem quærere desierit inventu desperatam, etsi libentissime, si repertam cognoverit, eam recepturus sit. Ac ideo sic est ratio naturalis, quam tenebimus, & Ulpiano vindicabimus; res à lupo vel ab ave raptas & naufragio deperditas manere dominorum, quamdiu consumptæ non fuerint *d. l.* 44. *& hac l.* 8. §. *ult.*

4. Quia tamen in juribus & dominiis rerum acquirendis, magna vis est temporis, non est dubium, quin, si quis res amissas invenerit, ignarus domini, & probabiliter, eas non habere dominum credens, per longissimum tempus possederit, jure gentium ejus rei dominio potiatur, saltem usucapione pro suo. *l.* 2. *Pro suo.* Sicut autem usucapiones & præscriptiones longi & longissimi temporis, hac præsumptione nituntur, quod amissæ res, à dominis vere pro derelictis habean-

beantur; apparet, hanc non modo locum habere, si tantisper ab alio possessæ fuerint, sed etiam, si tanto temporis spatio, quantum sufficit ad præscriptionem, latuerint, & præter spem repertæ fuerint. Cum enim fundamentum præscriptionis non sit in possessione, tametsi, cum res ab alio possidetur, id huic prosit, verum in præsumpta, inquam, derelictione, manifestum est, hanc æque, si res latuerit, quam si in manibus alienis fuerit, habere locum; & propterea, si post multum temporis inventa sit ejusmodi res, hanc inventoris fieri. Quo jure superioribus annis Angli, argentum naufragiis Hispanicis ante quadraginta annos apud Americam amissum, per Urinatores singulari artificio, quo & Maccumani homines in Frisiâ nostrâ, aliquandiu excelluerunt, extractum, vindicantibus Hispanis non restituerunt; sed totum sibi, tanquam ex jure gentium, retinuerunt.

Ulpian. Lib XIX. ad Edict.

Ususfructus an in judicium deducatur, quæritur: ut puta, si deducto Usufructu fundus fuit ab heredibus legatus l. 14. §. 1. Famil Ercisc.

1. Censura: Quæsitu indigna & inepta res est, an ususfructus in judicium deduci queat; Actio Confessoria, negatoria, de qua sunt Tituli in Pandectis, quid aliud sunt, quam ususfructus in judicium deductiones? Ergo Ant. Faber monet legendum, *in HOC Judicium.* Nempe, Si quis lector addubitare possit, de quo judicio locus sit accipiendus, qui desumptus est, inde ubi uno tractu & contextu de Familiæ eriscundæ Judicio συνεχῶς & confertim agitur. Cur non æquè Faber in *princ. ejusd. Legis*, ubi, *rem de Judicio subducat*, Legi jubet, *de HOC Judicio!* Et in *l. præced.* 13. post judicium acceptum, æque addendum foret, HOC. Parcamus, censeo, tam tralatitiæ Crisi. Ne veniat in mentem dubitare, de quo judicio loquatur Ulpianus, dum in medio cursu orationis de judicio Familiæ erciscundæ versatur. Ratio dubitandi & quærendi an Ususfructus in judicium divisorium deduci queat, est hæc; quia res est incorporalis & individua; verum quâ ratione pro parte constitui & acquiri potest *l. 5. d. Usufr.* per eandem respectu fructuum scilicet, qui corporales & dividui sunt, in judicium Familiæ erciscundæ rectè deducitur.

Paulus Lib. XXIII. ad Edictum.

Idem scribit, cum ego & tu heredes Titio extitissemus, si tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, à Sempronio petieris, & victus fueris, mox eandem partem à Sempronio emero, & traditus mihi fuerit: agente se familiæ erciscundæ judicio, non veniet, non solum hoc, quod pro herede possidetur, sed nec id quod pro emptore. Cum enim per judicem priorem apparuit, totam rem non esse hereditatis, quemadmodum in familiæ erciscundæ judicium veniet? l. 25. §. 8. Famil. ercisc.

1. Speciem hujus loci elegantissimam & subtilissimam à Cujacio dictam, Autum-

tumnus *iniquam & supervacuam* pronuntiat, idque laudat Groenewegius ad *hunc locum*: non temere, ut videtur. Tu & ego sumus heredes; Tertius fundum possidet, quem putas hereditarium esse; ac ideo partem petis, sed repelleris. Ego dein illam partem emo, & totum fundum accipio, partim ut emptum à me, partim ut hereditarium. Tu videns, adsequutum me esse, quod tibi negatum erat, operaque meâ rem hereditariam in sinum hereditatis venisse, familiæ erciscundæ judicio mecum suscepto, & hunc fundum vis comprehensum, restituto mihi (id enim offerendum esse ratio dictat) emptionis pretio. Respondeo; Non plus parte meâ jure hereditario possideo, in quam proinde nihil tibi juris est. Alteram partem emi ab eo, qui à te conventus habuisset exceptionem rei judicatæ, quæ jam mihi datur, qui in locum ejus successi *l.* 28. *d. Except. rei jud.* Tu replicas, contra Tertium egi rei vindicatione, nunc familiæ erciscundæ ago adversus te. Ergo cum diversa causa petendi sit, res inter alios judicata tibi non prodest *l.* 14. *in pr. d. tit.* Ant. Faber *ad h. l.* vult ideo, actionem tuam contra Tertium non fuisse rei vindicationem, ut Accursius ponit, sed hereditatis petitionem, quæ fit eadem cum famil. erciscundæ, vel eadem causa saltem juris hereditarii. Sed verius est, etsi vindicatio fuerit, tamen, si causa dominii veniat ex hereditate, nihilominus obstare exceptionem, *l.* 5. *d. tit.* Verum si fundum prius vindicassem ex alia dominii causâ quam ex hereditate, secus foret *d. l.* 14. In hac autem specie prætulisti jus hereditarium verbis, *quem totum hereditarium dicebas.* Ergo nec in partem à me emptam meo nomine (nam si tuo quoque aut communi heredum nomine emissem, aliud dicendum foret) quicquam juris habes.

2. Instat Autumnus. Coheres victus nonnisi de parte dimidiâ litigavit. Ergo per sententiam huic soli parti præjudicatum est. Quominus igitur altera pure sit hereditaria, nihil obstat: Hæc igitur veniat in divisionem hereditariam, ut cohæres victus quartam duntaxat partem teneat; *arg. l.* 1. *C. h. t. Si non omnem paternam hereditatem ex consensu divisistis, nec super eâ re sententia dicta, vel transactio subsecuta est; judicio familiæ erciscundæ experiri potes.* Atqui sic mihi fieret injuria, qui partem emi, de quâ tu acturus es, & partem alteram hereditario jure teneo, eamque haberem, etsi tu non egisses; quam ut tecum dividam, nulla ratio exigit. Nec obstat *d. lex.* 1. quia cum tu partem petens repulsus es, si totum petas, obstat exceptio rei judicatæ, sicut eadem obstat, cum quis partem pro indiviso petiit, & dein alteram pro indiviso partem petit. *l.* 7. *d. Exc. rei jud. l.* 33. §. 1. *d. Usufr.* Aliud est, si quædam res extra divisionem totæ manserint, neque de his ullo modo sit judicatum, ut est in *d. l.* 1.

3. Bene igitur se habet hoc Pauli responsum è sententia Pomponii, laudata quoque Ulpiano in persona Juliani *l.* 11. §. 3. *d. Exc. rei jud.* Sed textum, ut à nobis ex editione Florentinâ suprà desumptus est, quidam Viri docti perperam se habere putant, & in eo disputant. Nam Petrus Faber 1. *Semest. c.* 23. ut scribit Anton. Faber in I. *Conject. c.* 23. hæc verba; *non veniat non solum hoc quod pro herede possidetur, sed nec id, quod pro emptore*, esse posita situ inverso, & hoc ordine esse legenda, *non solum hoc quod pro emptore, sed nec id quod pro herede possidetur:* Idque ideo, quia de parte, quæ pro emptore possidetur, minus dubium

est in hac specie, quam de parte pro herede possessâ. Antonius Faber ob eandem rationem vult tolli verba *non solum*, & in sequentibus legendum, *sicut nec id*, hoc modo; *Non veniat hoc quod pro herede possidetur, sicut nec id quod pro emptore.* Sed ego magis adsenserim ipsi Petro Fabro male à Fabro Antonio citato, qui nullo modo trajicienda censet verba legis præscriptæ, nec emendat textum; sed artificioso loquendi genere putat usum esse Jurisconsultum. Naturalis ordo verborum sic erat, inquit, *Non solum hoc quod pro Emptore, sed nec id quod pro herede.* Natura enim ita monstrat, ut quæ faciliora, clariora, notiora sunt, prius exponantur: tum deinde crescat oratio, & ad difficiliora, obscuriora, ignotiora progressus fiat ac adscendatur: Sed hæc ratio ut nimis simplex sæpe displicet auctoribus concise amantibus loqui, & elegantiam in ipsâ anomaliâ & τῷ Inexpectato adfectantibus. Nota sunt illa Justiniani; *Armis decoratam, Legibus armatam pr. Exord. Inst.* Item *Heredes institui possunt tam liberi quam servi. pr. Inst. de Hered. inst.* alia majoris momenti & usus enumerat ibi Petrus Faber laudatus. Sic igitur nec Critica, nec Juridica emendatio & censura in hoc loco procedit.

Papinianus Lib. XII. Respons.

Pomponius Philadelphus dotis causâ prædia filiæ, quam habebat in potestate, tradidit, & redditus eorum genero solvi mandavit: An ea præcipua filia retinere possit, cum omnes filios heredes instituisset, quærebatur: justam causam retinendæ possessionis habere filiam quoniam Pater prædia, de quibus quærebatur, dotis esse voluit, & matrimonium post mortem quoque Patris steterat, respondi: filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit, specie dotis, cujus capax fuisset, defendi l. 35. Famil. Ercisc.

1. Hunc Textum ab Autumno in ordinem Censuræ suæ relatum, attingo libentius, quia rem continet, ad usum hodierni temporis notabilem. Quod enim plerique notaverunt; Dotes his temporibus in usu non esse, quodque Sandius noster aliter de Frisiâ scripsit in *lib. 2. Decis. tit. 2. def. 2.* ubi dotes adhuc in Frisiâ vigere monet, hoc an ita se habeat, inde mihi pendere videtur, utrum, quæ his diebus dantur nubentibus pecuniæ, sint vere dotes, an secus. Ego sic puto; Dotes, esse pecuniam datam marito ad sustinenda onera matrimonii, & si marito non tradantur res aut pecuniæ, non esse dotes *l. 13. §. 2. l. 14. §. 9. d. Fund. dot. & passim*, cum nec aliter, quæstio celebris, an maritus fiat dominus Dotis, intellectum haberet. Sed hodie, vix unquam, ne quidem apud nos, ita instituitur, ut maritis dentur res in dotem, sed nubentibus dantur, & ab his in conjugium inferuntur, & fructus marito præstantur, aut cum eo communicantur. Unde sic à me constitutum fuit, apud nos hac hypothesi morum, non magis in usu esse dotes, quam alibi gentium usurpentur, ut in *Prælect. ad tit. de Jur. Dot.* aliquoties demonstravimus. Sed in hac lege parum abest, quin Pomponius Philadelphus (nomen loci est, ait (citè Accursius) prædia filiæ suæ in dotem dederit, ad exemplum moris hodierni, quem à Jure Civili alienum esse putavimus; maxime quando Pater dat dotem filiæ: nam

etsi

Etsi locutio illa, *Patrem dare dotem filiæ, ferri potest l. 77. §. 7. de Leg.* 1. quia dos filiæ esse dicitur, in *l. 75. d. Jur. dot.* (ubi tamen verba Tryphonini; *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*, artificiali magis quam simpaci ordine collocata putem, hoc sensu, *Quamvis mariti dos sit, mulieris tamen in bonis est*: quia dominium mariti, in patrimonio mulieris est, ut satis constat) Id tamen dubio procul est, Dotem nonnisi traditione marito factâ constitui, & dotis dationem esse Contractum §. 40. *I. de R. D. l. 6. C. d. Dot. promiss.* Atqui inter patrem & filiamfam. nulla contrahitur obligatio, nulla dominii translatio fieri potest §. 6. *I. d. Inutil. stipul. l. 11. in med. d. Leg.* 1. Nec quod dotis causam putant excipi Interpretes, ex hoc loco bene probatur. Verum est, patrem hic filiæ prædia dotis causâ dedisse, non marito; sed & dotem fuisse constitutam, negat Papinianus; *speciem* dotis fuisse declarat, dotem *quandam*, aliquid simile doti ex quâ nonnisi naturalis detentio, nequidem justa possessio transiit in filiam: fuisse eam dotis capacem, non accepisse dotem significat: Unde quæstio nata, num prædia deberet habere præcipua patre testato mortuo; de quo casu dubitari non potuerat, si vera Dos à Patre ad filiam profecta fuisset; quia testamento facto, nulla fiebat olim collatio Dotium, nihilo magis quam aliarum rerum *l. 1. & l. filiam 7. & pass. C. de Collat.* sed hæc Jure Novo demum introducta est à Justiniano *Auth. ex Testam. C. de Collat.* Plura Anton. Faber in *Rational. ad h. l. & lib. 7. Conjectur. C. 12.*

Paulus Lib. 11. Quæstion.

Cum putarem, te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiæ erciscundæ judicio, & à judice invicem adjudicationes & condemnationes secutæ sunt. Quæro, rei veritate cognitâ, utrum condictio invicem competat, an vindicatio, & an aliud in eo qui heres est, aliud in eo, qui heres non est, dicendum est. Respondi, qui ex asse heres erat, si, cum putaret, se Filium coheredem habere, acceperit cum eo familiæ erciscundæ judicium, & condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causâ judicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est judicium familiæ erciscundæ, nisi inter coheredes acceptum. Sed quamvis non sit judicium; tamen sufficit ad impediendam condictionem, quod quis se putat condemnatum. Quod si neuter eorum heres fuit; sed quasi heredes essent, acceperint familiæ erciscundæ judicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane, si sine judice diviserint res, etiam condictionem earum rerum, quæ ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres, competere dici potest: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille heredem esse putaverit l. 36. Famil. ercisc.

1. Dura & iniqua videtur hæc esse Pauli sententia, quam non immerito Ulpianus (hunc enim sine dubio notavit his verbis, *sed tu videris eo moveri*) Collega & æmulus ejus improbavit, aliique multi hodie, quos inter Autumnus, ut solet; qui secus hodie secundum æquitatis rationem servari testantur; Etsi non ignorat Autumnus in *Collat. ad h. l.* quod & Mornacius *hic*, refert à Senatu Lutetiâ Parisino, præside Brissonio, secundum Pauli opinionem esse judicatum,

 Jacobo

Jacobo Chezellio Advocato, integrum hunc textum in Curiâ recitante, quo solo confecit absolutionem *d.* 22. *Junii* 1589. Adeò quidem, ut nec restitutio quidem in integrum indulgeatur, nisi dolus personalis arguatur, ut Mornacius scribit. *Dura Res* tamen, ait Busiushic, ut falsa demonstratio veritati præjudicet. Errore facti opinatus sum te esse coheredem meum: Commisso tecum familiæ ercifcundæ judicio, partem tuam pecuniarum abstulisti. Tum error detegitur, & me solum esse heredem, liquido constat. Volo repetere pecuniam tibi per errorem adjudicatam. Tu opponis exceptionem rei judicatæ. Ego replico; Non fuit judicium inter nos, fuit ipso jure nullum; quia non sumus coheredes: Ergo nec inde tibi datur exceptio: sic Ulpianus putavit. Sed Paulus, nullitatem ut videtur, concedens, erroris opinionem, quasi judicium fuerit & sententia lata sit, ad exceptionem rei judicatæ sufficere contendit. Cui profectò rei valide obstat, quod est in *l.* 1. §. 6. *de Re Iud. Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat; Cæterum, si aliquâ ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere.* Ne quidem si falsus Procurator fuerit, etsi adversarius id ignoraverit, si postea detegatur falsitas, sententia valet *l.* 24. *C. de Procurat.* Quanto magis, ubi qualitas ipsius litigantis est falsa, sicut hic est *l.* 1. §. *ult. h. t*? Postremo, quid durius, errorem facti innoxium, cui prudentissimus quilibet obnoxius est, tam peremptorium creare præjudicium, ut dimidiam bonorum partem heredi ex asse, sine remedio intercipiat?

2. Ad hæc una responsio est, Auctoritatem rei judicatæ esse tantam, ut tametsi erroneè per sordes, aut per gratiam judicatum sit, tamen sententiâ standum sit, *l. servo* 65. §. 2. *Ad Se. Trebell.* Res judicata pro veritate habetur, & ex nigro facit album, ut DD. loquuntur. Ad instantiam, quod judicium fuerit ipso jure nullum, negative respondendum videtur, non fuisse nullitatem commissam, nec id inesse verbis Pauli. Nam si cuncta judicia sint nulla, quia de facto non habet hoc jus actor, quod habere se dicit, pleraque judicia, in quibus actor repellitur, ipso jure nulla fuerint. Atqui nihil aliud vult Paulus, quam è litigantibus alterum non habere jus, quod habere creditur; Ferre se coheredem, cum id non sit. Sufficere ad valorem sententiæ, quod partes judicium esse crediderunt. Formæ Judicii nihil defuit, sed meritum causæ non fuit solidum, verum: Cujusmodi defectus nullitatem non parit; ut fit per incompetentiam Judicis vel falsitatem procuratoris. Heres ex Asse, læsus erroris imprudentiam sibi imputare debet, quod antequam explorate jus adversarii cognovisset, cum eo sit expertus super hereditate dividunda; priusquam sciret, inquam, an ille coheres esset. Bene hic usum habeat monitum Philosophiæ recentioris; non esse tribuendum rebus, quod iis non inesse clare & distinctè cognoveris; Id si commissum fuerit, errorem esse voluntarium. Quod est ejusmodi monitum ut ne quidem Ars, Jurisprudentia, popularis id adspernetur.

3. Hæc equidem ratio Judicem & Juris interpretem movere potest, ut neget condictionem adversus sententiam. Sed falsum coheredem in conscientiâ non potest reddere securum, quominus ad reddendum naturaliter teneatur, quia naturalis obligatio per sententiam nec inducitur neque tollitur *l.* 60. *in pr.* *de*

de Condict. indeb. Quo facit, quod Brunnemannus ad *h. l.* coheredem, qui falso prætextu partem hereditatis abstulit, denuntiatione teneri scribit *Evangelicâ*. Neque dissentit idem à Busii sententiâ, vero heredi dandam esse restitutionem in integrum, ex parte Edicti; *si qua mihi justa causa videbitur*, tametsi dolus personalis argui non potest, quasi res ipsa dolum contineat *l.* 36. *d. V. O.*

Scævola Lib. XII. Quæst.

Qui familiæ erciscundæ judicio agit, non confitetur, adversarium sibi esse coheredum, l. 37. *Famil. ercisc.*

1. Cujacius in Lib. 15. *Obs. c.* 36. Hæc, inquit, sententia videtur esse falsa: Nam actio familiæ erciscundæ nonnisi inter coheredes datur *l.* 1. *l.* 24. §. 1. *h. t.* Oportet itaque, ut qui hac actione experitur, adversarium fateatur coheredem, sicut in actione finium regundorum, uterque fatetur adversarium esse confinem; In actione communi dividundo, supponitur, utrumque socium esse. Quin, superior decisio legis non obscure supponit, eum, qui judicio erciscundæ expertus est, adversarium fateri esse coheredem. Secundum hæc, non desunt, qui *negativam* expungunt, in *h. l.* 37. quam & Charondas & Gotofredus in MSS. codicibus deesse testantur; Et videtur olim defuisse; quia Basilici textum hunc adfirmatè legunt, Ὁ κινῶν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον, ὁμολογεῖ τὸν ἀντίδικον αὐτοῦ συγκληρονόμον εἶναι. *Qui judicium familiæ erciscundæ movet, adversarium confitetur esse coheredem suum.* Hotomannus in recepta lectione manens verbum *agit* in *h. l.* 37. sumit pro *judicio contendit*, quod maxime in duplicibus judiciis, quale hoc est, fit promiscuum: Accipiendum igitur esse de reo, qui provocatus ab altero ad judicium, parere coactus, hoc ipso juri suo non præjudicet, nihil faciendo aut fatendo 5. *Obs.* 1. Sed verbum *agit*, ita sumere, ut de solo Reo, non etiam de Actore sit intelligendum, difficile dictu est. Potius est, ut hoc modo, salvâ lectione Florentinâ respondeatur: Ex intentata actione familiæ erciscundæ, supponi quidem videri Adversarium esse coheredem; Non tamen expresse, neque tacitè tam valide, ut expresse contrarium sustinere non liceat. Ergo si retractare velit hanc tacitam confessionem Actor, hereditatis petitionem instituere non prohibetur, ut Cujacius *d. cap.* 36. monet.

2. An hinc non licet aliquantisper allevare duritiem Legis præcedentis, hoc modo; Quod non detur quidem repetitio ejus, quod falsus coheres judicio familiæ erciscundæ abstulit, neque per vindicationem, nec indebiti condictionem; verum tamen heres ex asse petitionem hereditatis adversus illum, qui pro herede possidet, instituere possit? Etsi ab hoc temperamento non fuerim alienus in *Prælect. ad h. tit. n.* 3. quia nova est Actio, Hereditatis petitio; tamen quod per sententiam in judicio familiæ erciscundæ aliquis adeptus est, hoc eidem per hereditatis petitionem, rursus adimere, non videtur ratio pati, nec quod diximus ad *l.* 25. §. 8. *h. t.* Familiæ erciscundæ judicium idem continere quod Hereditatis petitio nec quod uno rejectum est judicio in alterum venire solere nec quicquam hac parte determinatum est à nobis, in *Prælect. d. loco*. Falluntigitur hic, vel mendosi sunt ipsi, ut Cujacius putat, Basilici, nec ab eo quod Florentiæ legitur, recedendum videtur.

Paulus Lib. XII. ad Sabinum.

Si familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, vel finium regundorum actum sit, & unus ex litigantibus decesserit, pluribus heredibus relictis, non potest in partes judicium scindi; sed aut omnes heredes accipere id debent, aut dare unum Procuratorem, in quem omnium nomine judicium agatur l. 48. Famil. ercisc.

1. Quid opus est unum dari Procuratorem, hoc casu, à diversis heredibus; cum unus idemque Actor nusquam plures dare procuratores impediatur, & omni die pro uno reo bini vel tres occupent procuratores & advocati? Nec oblitus est Groenewegius hunc in Pauli responso articulum adnotare, tanquam à judicio communi, & qui hoc potius quam subtilitates quæsitas sequitur, usu fori remotum. Faber ita quidem se rem habere putat in ipsis coheredibus & consortibus rei singularis; aliud esse, quoties de priori hereditate, cujus particeps fuit defunctus, agitur; quia defensio per plures scissa, incommodo magno adficeret coheredes, inquit. Quamobrem Ulpianus etiam, plures heredes Rei necesse habere scribit, unum dare Procuratorem, in *l. 5. §. ult. Judic. solv.* Existimo, non eam esse mentem Pauli & Ulpiani, non esse fas heredibus, singulos dare Procuratores; sed hoc mihi velle videntur, causæ continentiam non esse dividendam, quod fieret, si diversi procuratores diversis utantur defensionibus; quod reverâ pareret confusionem. Et cum nihil sit promtius, quam per unum procuratorem unitatem instantiæ conservare, quas diversi multiplicare solent, Jurisconsulti generaliter inculcantes unitatem illam, unius procuratoris meminerunt; Quominus alioquin heredes singuli dent singulos Procuratores, qui omnes in unam instantiam se conjungant, & unius vice fungantur, non credo Paulum vel Ulpianum in animo habuisse, quo prohiberent. Id enim verè ab usu judicioque communi remotum videretur.

Ulpianus lib. xx. ad Edict.

Si debitor, communis prædii partem pignori dedit, & à domino alterius partis provocatus creditor ejus, ab alio creditore alterius debitoris licendo superavit, & debitor ejus, cui res fuit adjudicata, velit partem suam prædii recipere, soluto eo quod ipse debuit; eleganter dicitur, non esse audiendum, nisi & eam partem paratus sit recipere, quam creditor per adjudicationem emit. Nam etsi partem vendideris rei, & prius quam traderes emptori, Communi dividundo judicio provocatus fueris, aliaque pars tibi adjudicata sit, consequenter dicitur, ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere fueris paratus, quia hæc pars beneficio alterius venditori accessit. Quin imo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum; solummodo illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. Sed & si distracta parte cesser t, victus licitatione Venditor, æque pretium ut restituat, ex empto tenebitur. Hæc eadem in mandato cæterisque hujus generis Judiciis servantur l. 7. §. ult. Commun. divid.

1. Pri-

1. Primam partem hujus Textus, quam Ulpianus ait, eleganter esse definitam, non modo nullius elegantiæ, sed etiam notabilis injustitiæ esse judicat Autumnus eique Belga Censor adsentitur. Species hæc est; Tu mihi pignori dedisti partem fundi dimidiam, pro reditu mille aureorum. Titius, qui dominus erat alterius partis, vel ejus Creditores alteram partem eodem jure pignoris possidentes, me utili judicio communi dividundo convenerunt; & cum dividi commode non posset fundus, placuit, eum plus licitanti totum addici. Sic mihi plus offerenti adjudicatus est. Tu deinde mille aureos à me tibi creditos iterum offers, ut partem fundi, quam mihi pignori dederas, recuperes. Ego luitionem tuæ partis nego, nisi & alteram accipias. Hoc tibi commodum non est: Ais, iniquum esse, tibi restitutionem pignoris, oblato quod solutum est, negari, propter id quod sine tuo facto accidit, ut ego pluris licitando partem alteram consequerer; cujus pretium quia restituere non potes, ideo non esse te jure tuo privandum; inprimis in causa pignoris, cujus Luitio præ cæteris in Jure favorabilis est, nec usquam Leges indulgentius agunt, quam cum debitore pignoris luendi gratiâ, quasi quod mereantur homines à fortunâ coarctati. Nec talem creditor efficere debet rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum, ait idem Ulpianus in *l. 25. d. Pignor. act.* Autumnus ex Cicerone aliisque iniquitatem rei exaggerat, à cupiditate creditoris, qui id id agat, ut totum agrum suum facere possit, aliaque de periculo collusionis; quæ facile redarguuntur, exceptione, quam Ulpianus in *loco suprà scripto* adjicit, his verbis, *solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit.* Decisio, quam tradit, hac hypothesi nititur; quod nulla fraus à venditore, vel à creditore, vel collusione utriusque commissa fuerit. Enimvero fatendum est, etsi nulla fraus subsit, haud tamen absre esse, quod Autumnus ait *benignius esse Communi Dividundo agere cum debitore*, ut is suum recipiat, & creditor, quod emit, retineat: Aut potius, cum Creditor ad divisionem provocabatur, hoc debitori denuntiare debuisset *l. 10. C. de Pignor.* ut ipse tanquam dominus interesset divisioni, quo se licitando, inferiorem teneret, acceptâque pro parte suâ pecuniâ, se debito suo liberaret, aut superando, sibi successum imputaret: Jam vero Creditor suo periculo & arbitratu licitatus est; cujus exitum debitori obtrudere velle, durissimum & inhumanum est; maxime, si creditor carius est licitatus, aut pretia rerum soli deinceps imminuta sint notabiliter, ut fit. Hæc à Censoribus dicta sunt, aut dici potuerunt, ab æquitate minime devia, quod primo aliquis intuitu putet.

2. Sed videamus, an non hujus censuræ ratio subruatur, ex hac doctrinâ; Creditores, qui fundos cum aliis communes jure pignoris possident, tenentur utili actione Communi dividundo *hac l. 7. §. 6.* non tenentur autem, ut videtur, ad denuntiandum debitoribus quo adsistant divisioni, quia nusquam id exigitur; Nam *lex 10. C. de Pignor.* agit de venditione voluntaria: Sed debitor fundum pignori dans ejusque possessionem creditori cedens, hunc videtur facere procuratorem suum, in casum si ad divisionem provocetur *l. 29. sub fin. suprà Fam. ercisc.* ubi, *quod creditor agit in ista adjudicatione per arbitrum, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset.* Adducto igitur ad necessitatem divisionis creditore, Judex ita comperit, Agrum dividi non posse utiliter, Adjudicandum

 esse

esse alterutri totum, qui consorti in pecuniam, quanti sit pars æqua fundi, condemnetur. Idque per modum licitationis; Hanc igitur Creditor recusare non potest; si licitatione se vinci patiatur, ut alter habeat totum fundum, debitor suâ parte penitus excideret, nec eum unquam redimere posset; quod forte majoris in suam rem præjudicii esse putaret. Æquo pretio licendo, jus sui debitoris integrum servat, ut qui nec aliter ipsemet consulere potuisset: hoc saltem cavetur, primo, ne quid doli vel collusionis subsit; & secundo, ne cupidius, vel ut Paulus in *d. l.* 29. nimis animose licitatus sit creditor, cujus rei, perinde ac si mandatarius fuisset, curæ exactissimæ ratio habebitur *d. l.* 29. His adjungatur Juris positio, quod nemo invitus in communione manere, vel ei se illigare cogitur *l.* 26. §. 4. *d. Condict. Indeb.* & quod Communio, ut mater discordiæ summopere vitanda sit *l. cum pater* 77. §. *dulcissimis* 20. *d. Legat.* 2. item, quod ad quemque dominum, conditio & periculum rei suæ pertineat. Nemo in animum inducet, opinor, eâ re debitori injuriam fieri; quod creditor expleta bona fide contractus, ad restituendum pignus, soluto debito, paratus est; modo non ipse cogatur in communione manere, propter officium debitori præstitum in judicio familiæ ercifcundæ, sine ulla sua culpa & sine voluntate suâ, necessitate adjudicationis subactus. Nam si emisset potius quam judicis arbitrio paruisset, eodem jure non posset uti, quod Paulus in *d. l.* 29. non dissimulat; Cum quâ confer sis, ejusdem Ulpiani, cujus est hic locus censuræ subjectus, responsum in *l.* 49. *Comm. Divid.* ubi sollicite expendit, an is, qui in divisione rerum aliquid commisit, & præstitit, quod à consortibus sibi rursus præstari velit, ad hoc necessitate juris faciendum compulsus fuerit, an secus.

3. Censurâ hoc modo, quod satis est, amotâ; superest nobis observatio notabilis, quæ quam latè pateat, docet hic textus, exemplo venditionis & omnium bonæ fidei judiciorum; ut, qui tenetur ad rem alicui pro parte tradendam, si interim pars altera per officium judicis illi in divisione obvenerit, is qui partem petit, rem totam recipere cogatur, quod etiam de venditione traditur in *l.* 13. §. 17. *de Action. empt.*

Pomponius lib. XIII. ad Sabinum.

Si is, cum quo fundum communem habes ad delictum (delectum) non responderit & ob id motu judicis, villa diruta est, aut arbusta succisa sunt, præstabitur tibi detrimentum judicio communi dividundo. Quicquid enim culpa socii amissum est, eo judicio continetur l. 20. *Comm. divid.*

1. Hunc locum Autumnus notat in Cens. Gal. *ad l.* 25. §. 4. *Locati*, his verbis: Iniqua est *Lex* 20. *Comm. Divid.* Si is, cum quo fundum communem habes sit ita contumax, ut ob id motu judicis vel indignatione villa diruta, vel arbusta succisa sint, *præstabitur tibi*, inquit Pomponius, *detrimentum judicio communi dividundo.* Hoc iniquum esse ante me animadvertit Zoesius, inquit, Comment. *ad hunc* §. *n. ult.* Hæc Autumnus. Aliis displicet mos pravus apud Romanos, ob

ob contumaciam prædia devastandi, ut *hic Brunem.* Quod ad primum attinet, non video querendi causam dari socio, qui contumaciâ suâ judicem provocavit ad violentam executionem in fundum communem. Magis iniquum videri potuisset, si innocens socius hoc damnum pati cogeretur, nec adversus culpæ & contumaciæ cladisque reum haberet regressum. Dabitur hac de re commodior & justior agendi locus ad *l.* 25. §. 4. *Locati*, ubi sedes hujus Quæsiti. Quod ad modum exequendi violentiorem, fatendum est, ejus apud Romanos extare passim vestigia. De hac ipsa ad delectum militarem contumacia locum monstrat Cujacius ex Dionysio Halicarn. *lib.* 8. *his Verbis.* *Τὸν στρατιωτικὸν ἐποίουν κατάλογον, καὶ τοὺς οὐχ ὑπακούοντας τοῖς νόμοις ἐν χρήμασιν ἐζημίουν. Οἷς μὲν χωρία ὑπῆρχεν, ἀνάστατα ποιοῦντες, καὶ τὰς ἐπαύλεις κατασκάπτοντες.* *Delectum habebant, & eos, qui legibus non obedirent pecuniis mulctabant: Quibus autem agri erant, hos devastabant, & prætoria destruebant.* Cæsar etiam Prætor in pignoribus à Vettio capiendis supellectilem ejus diripuisse dicitur, apud Sveton. *in vit.* & Cicero in *Philipp.* 1. de Marci Antonii Consulis injuriâ queritur, eum esse minatum, se cum fabris domum Ciceronis esse venturum; quasi ad illam demoliendam executionis causâ, quod Cicero in Senatum non venisset. Adde *l.* 12. *in pr. d. peric. & comm. rei vend.* ubi Ædilis lectos in viâ publicâ inventos concidisse dicitur. Non opus est nobis hunc morem defendere, quia Pomponius illum non laudat, sed usu venisse refert simpliciter.

Papinianus Lib. VII. Quæstion.

Sabinus in re communi neminem dominorum jure facere quicquam, invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse: In re enim pari, potiorem causam esse prohibentis, constat. Sed & si in communi prohiberi socius à socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc prætermisit l. 28. *Comm. div.*

1. Non immerito discordiarum mater habetur Communio, quemadmodum *ad locum præcedentem* vidimus; Sed quod Leges hoc incommodum fovent & magis implicant socios incommodis mutuis & intolerandis, mirum videtur, & pessimi usus causam præbet: Dum singulis rem communem habentibus, se reliquis objiciendi transversos, & quicquid illi ex usu communi parant, impediendi facultatem adscribunt: Nec quidem implorandi judicis officium cæteris copiam facere videntur, adversus unius è sociis dissensum, qui numero se vinci non patiatur; ut quod reliqui ex usu communi decernunt ac instituunt, in effectum deducatur. Hoc enim in collegiis quidem & Universitatibus obtinet, ut minor pars majoris voluntaten sequi cogatur *l. Quod major* 16. *Quod cujusque univers. nom.* In rebus simpliciter communibus non observatur *hac l.* 28. Unde non potest dici, quantæ frequenter in usu rerum communium, quarum divisio, difficilis est, oriantur confusiones & transversaria; quæ tantum non juris auctoritate donantur, imo juris esse dicuntur in *hoc textu*, quibus avertendis frustra judicis auctoritatem implores; cum unus ex omnibus, jus habere dicatur prohibendi, quod reliqui cupiunt & prudenter consulunt; Jus enim prohibentis est potius, ut ait Papinianus *hic.*

2. Vix

2. Vix est ut placere possit, quod Ant. Faber *in Rational. hic* adfert, Inventum hoc esse rixis & contentionibus evitandis; quæ scilicet ex eo, quod novi aliquid in re communi paratur, non eo, quod res manet in priore statu, oriantur: Is autem qui prohibet alios, id agit, ut res maneat in statu, in quo fuit; reliqui ad nova properant. Hoc enim ex iis est, quæ speciem potius quam solidam rationem habent. Quippe multa quotidie in re communi evenire possunt, quæ novum consilium majoris utilitatis causâ requirunt, nec ab uno impediri æquum & bonum est, quemadmodum, si cui in mentem veniat, per hujus legis rationem fieri posse videtur.

3. Sed Faber idem ad *h. l. & l. si ædes pr. h. t.* solutionem habet expeditam. Quod enim socii negantur, uno dissentiente, quicquam in re communi facere posse, id ita accipit; quod reliqui suâ auctoritate propriâ id impedire non possint, ne rixarum & majoris tumultus occasio detur *l. non est singulis* 176. *d. R. I.* Verum per prætorem scilicet omnino esse facultatem adigendi alterum, ut patiatur in re communi nos facere quod æquum est. Quod si verum sit, nihil est difficultatis. Sed mihi quidem verum non videtur; quia per Prætorem nemo efficere potest, quod jus faciendi non habet, nec alteri jure prohiberi potest, quod ille jure facit. Atqui juris ita esse traditur, ut in re communi nemo dominorum socio invito quicquam facere possit, verum potior sit causa prohibentis, *hac l.* 28. quod absurde lex adfirmaret, si judex aliud injungere posset; nec aliter hanc rem Accursius, Mornacius aliique Interpretes accipiunt, quam quod judicis officium debeat esse contentum præscripto Legis; imo regulam hujus loci ampliant illi, ut procedat, etsi quod reliqui volunt, in melius tendat; etsi consentientes numero quoque longè plures sint; unum tamen omnes prohibere posse, quemadmodum multâ probat auctoritate Brunnemannus ad *h. l.* 28. Tamen etsi Fabri interpretationem probat Sandius in *lib.* 3. *tit.* 8. *def.* 1. ad firmandam decisionem Curiæ Supremæ, quæ tamen, an hujus ope sententiæ indigeat, est cur dubitemus, ut mox videbimus.

4. Sed alia videtur esse ratio molliendi duritiem hujus juris, ab exceptionum multitudine, quibus socius aut socii (numeri enim non interest) invito, invitisve sociis, aliquid in re communi facere possint, quos enumerat Accursius quinque: Nos unum probamus; si quis in re communi facere velit hoc, ad quod res suâ naturâ vel præviâ partium destinatione, facta, comparata est. Hinc parietes communes ab uno possunt incrustari *l.* 13. §. 1. *d. Servit. urb.* Ædes communes ruinosæ refici *l.* 32. *l.* 41. *d. Damn. inf.* Etenim illa mihi non tam videtur esse exceptio quam explicatio regulæ; quemadmodum nec illa proprie est exceptio à regula Communionis; qua dicimus, ob publicam utilitatem alterum, altero socio invito, aliquid in re communi facere posse. Nam & quisque dominus in re suâ cedere debet utilitati publicæ, juxta Rescriptum Antonini, in §. *ult. I. de His qui sui vel al. jur.* quo refertur, quod in agro communi socius, invito socio, sepeliri potest *l.* 43. *verb. Propter publicam utilitatem. d. Relig.* quod de extraneis tamen non licet *l.* 41. *eod.* eoque referendam puto speciem decisionis in Suprema Frisiorum Curiâ, factæ apud Sandium *d. lib.* 3. *tit.* 8. ubi socius obtinuit, ut sibi commune stagnum, invitis reliquis, sine illorum detri-

detrimento, exhaurire & in agrum elaborare liceret, in rem tamen communem accolarum, quippe cum hæc res ad utilitatem vicinorum maxime pertineat; etiam verò maximè ad utilitatem publicam, quâ ratione si contentus fuisset Sandius, ut in illa specie contentus esse poterat, nihil opus fuisset confugere ad auctoritatem & rationem Fabri superius refutatam. Cæteras exceptiones in textibus allegatis non reperio, neque rationi, quæ unumquemque facit liberum suæ rei arbitrum & moderatorem, neque jus & facultatem unius per alterius arbitrium aut incommodum minuit, consentaneas existimo. Tollendo autem incommodo, quod Censura & experientia in usu hujus regulæ observat, facit divisionis facultas, cujus omnigenas rationes iniri Leges permittunt, atque in hoc officium Judicis instruunt Leges, hoc *tit. passim & in l.* 34. §. *ne autem* 2. *C. de Donat.* Postremo, etsi in universum Fabri sententia admitti non potest; scil: hanc regulam nihil aliud velle, quam quod socii prohibitio non privatâ auctoritate, sed per judicem refutari possit; id tamen haud gravate concesserim; Ex eo, quod Judicis Officio in universum continetur, videre, ne malitiis indulgeatur *l.* 58. *d. R. V.* videri socios, Implorato Judicis officio, si res commodam non recipiat divisionem, importunam socii perversamque prohibitionem, vexandi magis quam juris exercendi causâ institutam, posse cohibere & subigere ad justam rationem: Hoc admisso temperamento, si quid incommodi restat ex hac regulâ dicendum videtur, non tam juri, quam rei, naturæque negotii id esse imputandum.

Ulpianus lib. XXIV. ad Edict.

Præterea in hac actione notandum est, quod reus contumax, per in litem jusjurandum Petitoris, damnari possit, judice quantitatem taxante l. 3. §. 2. *Ad Exhibend.*

1. Antonius Faber *in Rational. hic.* pronuntiat, hunc locum esse corruptum à Triboniano, qui addiderit hæc verba; *Judice quantitatem taxante.* Quâ de re cum aliquid dictum sit ad *l.* 68. *d. R. V.* & rursus loco suo dicendum supersit ad *l.* 4. *infra de in litem Jur.* tantisper hujus censuræ examen differemus.

Ulpianus eod. Lib. XXIV. ad Edict.

Glans ex arbore tuâ in fundum meum incidit, eam ego immisso pecore, depasco; quâ actione possum teneri? Pomponius scribit, competere actionem ad exhibendum, si dolo pecudem immisi, ut glandem comederet. Nam etsi glans extaret, nec patiaris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet, sive consumpta sit. l. 9. §. 1. *Ad Exhibend.*

1. Non modo Juris imperitos, sed etiam in fori peristyliis ambulantes, imo in recessu præsidentes, in hunc textum ringi, vel absurditatem ejus nudis dentibus

inrisisse comperi. Quid enim absurdius, quam ad Exhibendum agi, de glandibus à suillo grege pridem comestis, ut hic Ulpianus ex Pomponii sententia philosophatur? Quid est τῶν ἀδυνάτων λόγων aut magis ἄτοπον, usu judicioque ineptum, quam quod fieri non potest, exigere & inculcare? Obvia scilicet responsio est, dolum pro possessione haberi *l.* 131. *l.* 150. *d. R. I.* neminem se obligatione, suo facto eximere posse *l.* 91. §. 14. *d. V. O.* Dominum Suilli gregis dolo consumpsisse glandes: Videat igitur, quo pacto illas restituat; damnandus est. Sed inquam intelligamus id sano sensu, ut in effectu dolum suum, qui possidere desiit, luere debeat: Actio tamen instituatur, quæ sanis hominibus & rei naturæ conveniat, nec ineptiamus, ut glandes à suibus commestas exhiberi nobis petamus; Per dolum, vel sine dolo in eventu præstandi quid interest? Quid refert ad exhibitionis actum? Quis enim hunc, gnarus consumptionis glandium, sine risu ab eo qui dominus glandium fuit, flagitari intelligat? Quis Prætor has ineptias ferat, in tribunali sedens, ut petitorem audiat narrantem, Vicinum in sylvam suam immisisse pecudes; ab his consumptas esse glandes suas, petere ut vicinus damnetur ad exhibendas glandes comestas: Stultior quam de asini umbrâ lis fuerit: Idque in Jurisprudentiâ, quæ est ars omnium, sensu maximè subnixa communi: Quanto civilius Imperatores Diocletianus & Maximinianus; *Exhibitionis necessitate tenetur,* ajunt, *qui facultatem habens, culpam vel dolum in explendo præcepto, committit. Si facultas desit, ut ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio contra eum detur l. 7. C. Ad Exhibendum.*

2. Occupandæ responsioni faciet, quod in supremâ Frisiorum Curia usu venisse meminimus; Cum matrona quædam hereditatem Agnatæ suæ, non ignara, sororem ejus & heredem abesse in Hannonia, invasisset, resque mobiles auctione publicâ distraxisset, ut res per mille manus essent dissipatæ, Soror defunctæ postmodùm egit adversus illam, ad hoc, ut condemnaretur, hereditatem in priorem statum restituere: Quod cum ejusmodi esset, ut nullo modo fieri posse constaret, Advocatus, qui sic concluserat, à quibusdam inridebatur; sed Curia nihil absurdi invenit in condemnatione secundum illam conclusionem, quemadmodum nec senatus Romanus ab re alienum putavit, eum qui hereditatem dolo malo possidere desierat, perinde jure condemnari quasi adhuc possideret *l.* 20. §. 6. *de Heredit. pet.* Quod in hereditate rebusque distractis & restituendi facultatem nullam habentibus non reprehenditur, id in glandibus consumtis, propter sues, absurdum videri non debet. Nam etsi comestio suilla videtur augere absurditatem in glandibus, fundamentum tamen Censuræ, in impossibilitate exhibitionis quæ postulari posse dicitur, consistit; quæ impossibilitas æque in rebus hereditariis mobilibus auctione publica pridem distractis, quam in glandibus comestis habet locum. Si tamen instes, cur non potius in factum detur actio, civiliore verborum formâ, quàm ad Exhibendum sicut in *d. l.* 7. *C. h. t.* respondebo, In *d. l.* 7. rem fuisse exhibitam, sed deteriorem: Exhibitione factâ, non poterat ad Exhibendum agi, sed in factum sola supererat, quæ est suppletoria ad Exhibendum *l.* 3. §. 14. *l.* 9. §. 4. *h.* Rursus, quid interest, in factum agatur, an ad exhibendum, inquies; cum utique in hac ipsâ ad exhibendum actione, rem in ejus quod intererest solutione desinere oporteat. Sed interest aliquid; in hac

Actio-

Actione, cum restitutio, ad quam reus est condemnatus, non fit ipsius dolo, in litem jurabitur; quod in infinitum, salvâ licet taxatione judicis, concipi potest, *l.* 3. §. 2. *h. t. l.* 14. §. 2. *l.* 5. *in pr. d. In lit. Jur.* quod de actionibus in factum haud perinde memoriæ proditum est. Quid est autem quod Ulpianus idem qui hic loquitur *l.* 14. §. *ult. d. Præscr. verb.* probat Aristonis sententiam, existimantis, nullam, nisi in factum actionem, in hac ipsa Facti specie dari? Dicendum illic removeri actiones ex lege XII. tabularum de pastu pecoris, de pauperie & Legis Aquiliæ, principales & originarias actiones, non accessoriam ad Exhibendum; utique non in casu *doli*, per quem unicè fit locus actioni ad Exhibendum, & sine quo neutiquam ad Exhibendum agi potest *h. l.* 9. §. 1. Doli autem in *d. l.* 14. §. *ult.* nulla fit mentio; sed immissas puta sues, ab ignorante glandes in sylvâ jacere; vel existimante, dominum illas neglexisse, nec ægrè laturum, eas, à vicini pecudibus, alioqui corrumpendas, consumi. Sic vere ad exhibendum agi nequit; In factum unicè agendum fuit.

Paulus Lib. XXVI. ad Edict.

Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cum sciret hæc aliena esse; utriusque nomine ad Exhibendum actione tenebitur: quia quod ex re nostrâ fit, nostrum esse verius est l. 12. §. 3. *Ad Exhibend.*

1. De vi specificationis & Dominio per eam transmutando satis constat, tres fuisse Veterum sententias. Una Sabinianorum erat, qui speciem ejus esse credidere, cujus fuisset materia. Altera Proculejanorum; jus dominii esse penes eum, qui speciem fecisset. Tertia Ercifcundorum, sive Conciliatorum, qui distinguebant, utrum species in sua redigi posset initia, an secus: si prius, dominium speciei, prævalente materiâ, ad hujus pertinere dominum: Si ad rude initium reduci nequeat, potentiâ materiæ victâ, dominium speciei ad auctorem formæ spectare. Bona vel mala fides, scientia an ignorantia, cujus fuisset materia, nihilo magis ad rem pertinebat, quam in Accessione, Commixtione, bonæ vel malæ fidei differentia tetigit meritum quæstionis de Dominio, nihilque certius est, quam id à veterum hac parte disputationibus esse alienissimum, ut in Prælect. *ad* §. 25. *Inst. de A. R. D.* demonstrravimus, & Antonius Faber *ad h. L.* bene probat, ac idem, quod pro rei certissimæ argumento habere licet, Bachovius. Verum in hoc unico Textu contra scriptum videri, multosque in errorem inde fuisse abreptos, Faber idem non dubitat, Ideoque Fabrum Institutorem aliquando probaturum pollicetur; eliminanda esse hæc verba *cum sciret hæc aliena esse* tanquam spuria glossæ. *Nec enim prudentes veteres*, ait, *unquam in hac quæstione distinxerunt, an bona vel mala fide quis ex alienis uvis fecerit &c.* Censet igitur, Paulum, qui Sabinianus fuit, hic adseruisse materiæ prævalentiam universalem, quod ultima textus verba loquantur; *quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est:* Quâ in re Triboniani culpanda sit incuria compilatoris: Cui tamen idem glossam non imputat; Cum Ercifcundorum sententiam Justiniano suo dictaverit, in *d.* §. 25. *Inst. de A. R. D.*

2. Sed hæc Fabri Censura gravior est, quam vellem; primo quia lectio Florentina sic notabiliter mendosa sit; Graviorem facit peccati Tribonianæi, quem habemus Artis auctorem, demonstratio. Quid ergo? Dicam, quid ego solitus sim respondere. Decisionem hujus Loci, non esse aliam, quam hanc; Actionem ad exhibendum dari adversus eum, qui vinum ex alienis uvis *dolo malo* expressit. Dolum esse pro possessione, quâ de re modò egimus. Convenitur ad Exhibendum is qui vinum oleumve expressit, qui vestem fecit, ad Exhibendum uvas, olivas, lanam. Ita scilicet, ut supra ad exhibendas glandes, non ad ipsum vinum; oleum, vestes: Nam qui dolo fecit, ne quod antea possedit, amplius existeret, is ita, ut diximus, tenetur, ad exhibendum id, quod in causa fuit quominus possideret, ut passim in *hoc tit.* Qui servum occidit, vel dolo malo ita corrupit, ut haberi non possit, ad exhibendum nihilominus tenetur, eodem eventu, quo diximus, ad textum *antecedentem l. 9. in pr. h. t.* Non agit hic Paulus de Dominio, sed de Exhibendo duntaxat. Verum est, ultima verba, plus continere; Sed à rationibus Legum, non esse tutum, ultra positiones & sententias, quibus applicantur, argumentari, jam pridem constat, & sæpe animadversum est. Exemplum pete sis ex *l.* 25. §. 1. *d. Usur.* ubi positio est; Possessorem b. f. fructus etiam à præcedenti possessore satos, facere suos: Ratio redditur; quia bonæ fidei possessor in fructibus acquirendis Domini jus habet. Recte, ut intelligas, cur, ubi præcipua pars curæ & culturæ, est ratio acquirendi fructus ex alieno agro, cessat, acquisitio tamen procedat, minime vero, ut inde colligas, bonæ fidei possessorem habere jus omne domini, in fructibus acquirendis. Aliud exemplum; *Alius alii stipulari non potest*, quia non interest stipulantis §. 19. *I. de Inutil. stipul.* Hinc Grotius Juri etiam Romano adscribit hanc sententiam; *Nemo sibi stipulari potest, ut alii detur*, quia stipulantis non magis interest, quam in priore stipulandi formâ. Sed negatur, hanc esse positionem Juris Romani; *Nemo sibi stipulari potest, ut alii detur:* nec illam è sola ratione prioris sententiæ, licet inferre in Artem Juris, Auctoribus ejus incognitam, ut videbimus ad *l.* 9. §. 4. *d. Reb. Cred.* Quod si cui hæc responsio subtilior, & Fabri Censura durior videatur, postulare non debet, ut hujus loci prætextu, concedamus in opinionem à veteri Jurisprudentiâ alienam eique repugnantem; ut differentiam malæ bonæque fidei, plus quam in Accessione vel Confusione, in quibus dominii causam non pendere à bona vel mala fide, constat ex §. 26. *&. seq. de A. R. D.* Vel ut amplius quam ad repetitionem impensarum quæ malæ fidei Possessoribus etiam permittitur *l.* 38. *d. hered. petit.* operari statuamus. Quicquid ad hanc Quæstionem pertinet, excutere, quod jam pridem factum, in *prælect. ad* §. 25. *Inst. de A. R. D.* hujus instituti, & nostræ consuetudinis ratio non patitur: Eunomiæ hac parte satisfactum videtur.

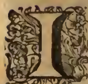
Ulpi-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD LIBRUM XI. PANDECTARUM, VINDICIÆ.

RUBRICA DE *Interrogationibus in Jure faciendis & Interrogatoriis Actionibus.*

Calliſtratus Lib. 2. Edicti Monitorii.



Nterrogatoriis actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante judicium, de ſuo jure aliquid reſpondere: Ideoque minus frequentantur & in deſvetudinem abierunt l. 1. §. 1. *d. Interrog. in jur. fac.*

1. Duarenus in *lib.* 1. *Diſput. Anniverſ. c.* 43. *in fin.* Doctiſſimos quoſque turbavit, *inquit*, quod per totum tractatum de Interrogationibus in Jure faciendis, mentio fit actionis Interrogatoriæ, Edictumque Prætoris de eâ actione propoſitum interpretantur Juris Conſulti, perinde ac ſi ſublata non eſſet; *hactenus Duarenus*; Cum tamen interrogatorias actiones in uſu non eſſe, Calliſtratus reſponderit, addit D. Wiſſembachius *Emblem. Tribon. ad h. t.* Hæc profecto non cohærent, & paulo minus quam contradictoria videntur; Rubricam de *Interrogatoriis Actionibus* proponere, deque iis agere per omne *Nigrum*, & ſimul fateri, illas *abiiſſe in deſvetudinem*, ut Calliſtratus hic loquitur. Enimvero Duarenus hæc ita conciliat; Quod actiones Interrogatoriæ, tempore Calliſtrati minus quidem frequentatæ ſint; haud tamen omnino in uſu eſſe deſierint. Sed Wiſſembachius noſter actiones interrogatorias, ætate Calliſtrati, nondum obſoletas fuiſſe arbitratur;

alioqui Juris Auctores de illis hoc titulo non fuisse acturos. *Sed totum hunc §. inquit, non Callistrato, sed Triboniano, jura vetera ad tempus suum accommodanti acceptum ferendum, Hottomannus in Verrinarum Commentariis, primus observavit. Vid. eund. in Epit. Dig. h. t. n.* 12. Non esse criminis loco imputandum Triboniano, quod Jus vetus aliquando sui temporis mutatæ rationi & observantiæ accommodaverit, aliquoties demonstravimus: Sub hac cautione tamen, si nihil inde confusionis in Artem Juris inveheretur: quod ab hoc quidem specimine nullo modo abesse posset, si vera fuerit D. Wissenbachii censura; eo quod Jus obsoletum adhuc ut usitatum recensuisset, idque pariter obsoletum esse fateretur Justinianus.

2. Responsio ad hanc Censuram est: non absciffe negari de Emblemate Triboniani, de crimine verò non liquere. Quippe de actionibus Interrogatoriis nihil aut vix in hoc Titulo quicquam collocavit Tribonianus, præter hoc quod arguitur; *Eas minus frequentari, & abiisse in desvetudinem.* De interrogationibus in Jure faciendis agitur sane *in hoc Tit.* copiosè, tametsi nec ipsæ veteri modo fieri solitæ sint tempore Justiniani. Sed in modo erat discrimen & in tempore; Cum enim olim fierent interrogationes in Jure, id est, ante litem contestatam, ut *infra* videbimus, deinde, post litem contestatam fieri cœperunt, non ad formulam actionis, ut olim, bene concipiendam, sed tantummodo ad litigatores probationibus sublevandos, ut in hac eâdem *l.* 1. §. 1. significatur. Atqui in his Interrogationibus, idem fere juris est eademque observanda sunt, quæ olim in illis, quæ in jure fiebant, servabantur. Ideoque non magis in eo peccatum videtur, quam quod de Pactis & de stipulationibus, harumque solennibus requisitis, & de tot aliis Juris capitibus in forma exoletis, in materia adhuc vigentibus, factum videmus in Pandectis, ut tractatus earum rerum adhuc in suis sedibus collocetur, etsi modus & forma non amplius ita servantur. Hoc solummodo manet incongruum, quod mutatio, quæ accidit in modo formaque, tribuitur Callistrato, quæ referenda videtur ad tempora Justiniani. Quamquam ecquando evenerit hæc mutatio, nemo facile dixerit, nec, an non tempore Callistrati Interrogationes ante Judicium acceptum ab adversariis exactæ, & actiones in illis Interrogatoriæ desierint esse in usu, ut putat *Duarenus.* Si enim hoc sit emblema Triboniani, oportet integer ille versus ad finem usque; sit ab ejusdem manu; quod è stylo, è quo plerumque Tribonianus arguitur, vix animadvertas. Sed ego de notâ Emblematis nolo contendere. Censuræ causa, si de Emblemate certa res sit, quam in arctum redigatur, & quam pene nulla sit, è dictis intelligi potest. Confer *sis Prælect. ad. h. t. n.* 1. 2. 3.

Ulpianus Lib. XXII. ad Edictum.

Quod ait Prætor, Qui in Jure interrogatus responderit, *sic accipiendum est; apud Magistratum populi Romani, vel præsidem provinciarum, vel alios judices. Jus enim eum solum locum esse, ubi juris dicendi, vel judicandi gratiâ consistat; vel, si domi, vel in itinere hoc agat l.* 4. §. 1. *d. Interrogat. in Jur. fac.*

1. Qua-

1 Quare nec hunc locum inter Emblemata Triboniani retulerit Wissembachius noster, haud magis dixerim, quam cur alia non pauca omiserit aut recensuerit. Quippe Ulpiani tempore, Jus erat locus; ubi Magistratus populi Romani, salvâ majestate Imperii sui, salvoque more majorum jus dicebat, ut Paulus æqualis ejus docet in *l. 11. d. Just. & I. l. 7. §. ult. d. Off. Proconf. l. 10. cum 2. seqq. d. Off. Præs.* junctâ *l. 3. §. Si quis ad pedan suprà. Ne quis eum qui in jus voc. vi exem.* Unde Judicem pedaneum non esse eum, qui Jus dicat, nec quæ in Jure fiunt, hæc apud Judicem pedaneum fieri, sed hunc voce Judicis simpliciter positâ intelligi, notissimum est *l. 3. d. Jurisd. l. 12. §. 1. d. Judic. & pass.* Quod igitur hic in Jure fieri dicitur id, quod non modo apud Magistratum populi Romani fit, sed etiam apud alios judices, & quod jus dicere & judicare hic conjunguntur, ad tempora post Diocletianum & Maximianum, quibus differentia jus dicendi & judicandi, judicesque dandi mos sublatus est, respicere videtur: Cujus adhuc meminit Rubrica *Cod. Ne quis in suâ causâ jus dic. vel judic.* Unde non absurdum videtur, ab Ulpiano scriptum fuisse in loco supra scripto; *In Jure, &c. sic accipiendum est, apud Magistratum populi Romani. Jus enim solum locum esse, ubi juris dicundi gratiâ consistat*, ut fere Antonius Faber *ad hunc locum.* Saltem hæc verba, *alios judices*, ab Ulpiano esse non videntur, sed à manu Compilatorum. Τὸ *Præsides* enim ferri potest, ac etiam forte *judicandi*, quia Prætor etiam de certis causis judicavit *l. 1. l. 81. d. Iudic.* Hanc scilicet, Emendationem textus minime, sed emblematis conjecturam esse volumus. Cujusmodi interpolationibus obscuritatem Veterum scriptis additam fuisse, non potest negari.

2. Sed ultima verba, *vel si domi, vel in itinere hoc agat*, esse vitiosa censet Hotomannus 1. *Obs.* 22. *&* 7. *obs.* 5. & pro *vel si domi*, legendum esse putat, *non si domi &c.* Quam & contextus & antiqui juris ratio non facit improbabilem, ut etiam judicat D. Ant. Matthæus *Disp. de Iudic. 7. th.* 54. etsi agmine facto, improbatur, à Cujacio ut perpetuo Hotomanni æmulo 14. *Obs.* 11. & Rævardo *lib. sing. pro Tribon. c.* 7. Wissenbachio Emblem. *ad l. 1. h. t. & Comment. ad h. t. th.* 3. & Bachovio *ad Tr. Disp. 4. th. 1. lit. D. vol.* 1. Pro Hotomanno facit, inquam, & *contextus*, eo quod post verba, *solum locum* non bene conveniunt tria loca, ut habet vulgata; præter quod, τὸ *non*, ibi multo concinnius est, quam τὸ *vel* ad aures, ob repetitionem ingratam: Et *juris vetusti* ratio, quod *Ius*, locum Publicum & solennem significet *d. l. 11. d. Iust. & I.* Verum est, Prætorem, etiam posse domi vel in itinere, de plano jus dicere, sed interrogationes, ad quas Inviti adigebantur, & è quibus solennes actionum formulæ erant concipiendæ, quâ de re in *Prælect. ad h. tit. à pr. & n.* 3. non erant res, quæ de plano fieri potuerint, nisi inter consentientes, sed Tribunal requisisse videntur. Basilici tamen legerunt, uti nunc est Florentiæ; *Τόπος γὰρ ὁ ἰσάμενος δικαστηρίου ὅπου χάριν τοῦ δικαιοδοτῆσαι ἢ δικάσαι συνίσταται, εἰ καὶ ἐν οἴκῳ ἢ ὁδῷ τοῦτο γίνεται* Locus enim judicii solus est is, ubi judicandi gratiâ consistit, *etsi id domi vel in itinere fiat*, ajunt. Ne simus igitur nimis faciles in mutatione lectionis Florentinæ, cum & invicta forte necessitas emendationem hanc non flagitet, est quod maneamus, opinor, in lectione recepta; contenti Hotomanno adseruisse probabilitatem censuræ, quam lucrari satius erit. Ul-

Ulpianus eod. lib. XXIII. ad Edict.

Hæc actio perpetua est, non temporaria, & heredi cæterisque successoribus competit: in heredem non dabitur, quia pœnalis est l. 13. in pr. d. serv. Corr.

1. D. Wissembachius in *Comment. ad. h. t. in pr. Atqui si mixta est hæc actio, sicut est, l. ut tantum 14. §. 5. h. t. utique quâ rei persecutoria est, in heredem danda fuerat. Ego ἐπέχω.* Ita Præceptor p. m. Mihi ἐπέχειν nulla videtur esse ratio. Cum enim sit ex delicto, cujus ratio merè personalis est, nec convenit heredi, non poterat in heredem dari, nequidem, etsi mere fuisset rei persecutoria, ut probatum à nobis est ad *l. 4. § ult. d. Alienat. jud. mut. c. f.* quanto magis cum pœnam juxta rem & id quod interest contineat! Hactenus equidem Præceptoris nostri instantiam agnoscimus, quod si transitus actionum adversus heredes, penderet â materia magis quam à causâ; à rei vel pœnæ persecutione potius, quàm à personalitate delicti, ratio vellet, ut actiones mixtæ, duntaxat, quatenus rei persecutionem continent, in heredem darentur. Quod cum non fiat, sed cum absolute in heredem dari negentur; apparet, ejus rei causam non esse quærendam in illo formali, quod actio rem vel pœnam continet; tunc enim effectus etiam variare deberet, pro mixturâ principii sui; Sed cum extra controversiam sit, actiones rei & pœnæ persecutorias ex delicto, nullâ parte dari in heredes, ea res argumento est evidentissimo; Causam hujus rei esse uniformem, quod actio scilicet ex delicto, cujus imputatio non congruat in heredem, nascitur. Etsi in hoc etiam loco sit, quod ad *d. l. 4. §. ult.* jam pridem observatum est, quia delicta vix alias quàm pœnales actiones pariunt, ab eo quod plerumque fit, ἀιτιολογία, sicut aliàs usu venit, petitur; *in heredem non dabitur, quia pœnalis est.* Ubi pœnæ forte nihil irrogatur, attamen delictum subest, nec adeo in heredem actio transit, ibi ratio reddi solet, *quoniam ex delicto est*, ut in *d. l. 4. §. ult.* & alibi, quod in *d. loco* demonstratum videbis. Denique, in eo, quod heic actio Prætoria pœnalis, & tamen perpetua sit, *h. l. 13. in pr.* tu magis merito specimen exceptionis observes, à Regula §. 1. *Inst. de perpet. & temp. act.* ubi diximus. Et ratio exceptionis forte peti queat inde, quod olim de servo corrupto actum fuerit in capite secundo legis Aquiliæ, ut quidam probabiliter admodum conjiciunt, & nos alibi retulimus. Id enim si verum fuerit, habebimus causam perpetuitatis non dissimilem ei, quâ Furti manifesti actio pœnalis Prætoria, facta est perpetua, quia furti nec manifesti actio, cui Prætor hanc manifesti aggregaverat, perpetua fuerat ex Lege XII. Tabularum.

Ul-

Paulus Lib. XIX. ad Edict.

De filio filiàvefamilias corruptis huic Edicto locus non est: quia servi corrupti constituta est actio, qui in patrimonio nostro esset: & pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate & famâ domus integrâ manente; sed utilis competit officio judicis æstimanda, quoniam interest nostra, animos liberorum nostrorum non corrumpi l. 14. §. 1. d. Serv. corr.

1. Hic locus etiam merito in hujus instituti censum vocari potest, eo, quod absurdum videatur, minorem, quam integritatis servorum, habere liberorum rationem. Pertinet hæc actio ad corruptelas morum in servis cohibendis; de liberis in hunc usum actio nulla datur: Etsi enim ad hoc, utiliter, ab Interpretibus Edicti, hæc actio producta est, id tamen non fit, nisi quatenus patrimonio damnum est illatum. Hæc enim ratio redditur, cur de liberis nihil edixerit Prætor, quia servorum corruptio ad patrimonii rationes, in quo servi sunt, pertinet; salvâ familiæ famâ & dignitate, cujus scilicet servi membra non sunt. Atqui liberis corruptis, non manet illa domestica famæ dignitas, nec ipsa res & virtutis reputatio. Ergo in liberis Edicti ratio cessabit. Pulchra mehercle philosophia, dicat aliquis. Imo propterea de liberis intentius quàm de servis cavendum fuit quantò major famæ & integritatis domesticæ, quam patrimonii ratio habenda sit, Juris Consulti autem Prætoris in eo, si diis placet, defectum solummodo suppleverunt, quo Pater consequi possit id quod interest, ratione pecuniariæ utilitatis ex eo, quod operis filii sedulis caruit & cariturus est; de famâ, dignitate, virtute, nulla mentio, ut rectè Accursius ad *hunc locum* observat; quod est ipsum justissimæ, ut videtur, censuræ argumentum. Sed respondendum est, eodem modo, quo rationem reddi oporteat, cur in Jure non sint Tituli de modestiâ, de Temperantiâ, omnique virtutum choro, de quibus in philosophiâ morali. Jurisprudentia docet suum cuique tribuere, ex officio Justitiæ particularis & expletricis. Cætera, quæ ad universalis & Adtributricis Justitiæ partes spectant, Jurisprudentia supponit, à Politicâ, vel Jure Publico universali, jam esse constituta & civibus inculcata, præceptis, pœnis & præmiis. Ars nostra supplet ea, quæ illic exequi & complecti non potuere, circa rationes patrimoniales: Quæ vero ad hominum animos & mores pertinent, tam multos habent circuitus & difficultates, ut propria disciplina meritò illis occupanda fuerit. Hoc igitur ad officium Legislatoris & Magistratus architectonicum, non dicæologicum pertinet, ut ingenuæ corruptores adolescentiæ remediis justis cohibeantur. Etsi parentum hanc potissimum oportet esse curam, ut liberis animum suum intentius quam servis, intra modestiæ virtutisque limites omnigenæ, custodiendis advertant.

Paulus Lib. xix. ad Edict.

Æstimatio autem habetur in hac actione, quanti servus vilior factus sit, quod officio Judicis expedietur. Interdum tamen & inutilis sit, ut non expediat talem servum habere: Utrum ergo & pretium cogitur dare sollicitator & servum dominus lucrifaciat? An vero cogi debet dominus, restituere servum & pretium servi accipere? Et verius est, electionem domino dare; sive servum detinere cupit, & damnum quanti deterior servus est, in duplum accipere, vel servo restituto, si copiam hujus rei habeat; pretium consequi: Quod si non habeat, pretium quidem simili modo accipere; cedere autem sollicitatori, periculo ejus, de domino, servi actionibus. Quod autem de restitutione hominis dicitur, tunc locum habet, cum homine vivo agitur. Quid autem si manumisso eo agatur? Non facile apud judicem auditur, dicendo, ideo se manumisisse, quoniam habere noluerat; ut & pretium habeat & libertum l. 14. §. 9. & 10. d. Serv. corr.

1. Parum commodus est transitus à §. 9. *ad* 10. quem ita concipit Ant. Faber, *Officio judicis expedictur interdum. Tamen etsi inutilis sit &c.* Neque tamen *vi sit*, pro, *est*, ut Basilici accipiunt, in suspensâ & indirecta adsertione, qualis hæc, est insolens, si quis in eo quod hoc loco scriptum est, acquiescat. Sed Faber totum hunc §. 10. inde à verbo, *utrum*, credit esse adsutum à Triboniano, nec esse in eo quicquam Pauli; cum *quæstio, si non ridicula, saltem otiosa sit*, & in ridiculum desinat, ubi monet textus, quæstionem de restitutione locum habere, *cum homine Vivo agitur*, quasi de mortuo restituendo agi posset; Orationem quoque male cohærentem & inelegantem esse, Paulo indignam. In Tribonianum enim faba cuditur, si quid minus speciosum Veteribus exciderit. *Triboniani mos ille est*, ait, *ut non modo supervacuas & ineptas quæstiones proponat, sed etiam, ut ad eas malè respondeat, & semper per ambages & nescio quas distinctiones.* Difficile & tædiosum est, ad omnes ejus cavillationes respondere; Quod si in eum modum omnia Juris loca, in quibus aliquid desideres, excutienda sint, exitum nullum habebimus. Basilici & Interpretes Græci & Latini, sine tali indignatione speciem *hujus L.* tractant; Me quidem non admodum delectat etiam genus illud orationis & disceptationis, quod est in *hoc* §. 10. sed causam non video, cur Tribonianus, qui jus novum quandoque veteribus adspergit, hanc ingentem laciniam, quæ potius materiam novæ Constitutioni suppeditasset, sub nomine Pauli vulgatam voluisset. Species hæc est. Actio servi corrupti datur in duplum ejus, quod servus vilior factus est. Habeo servum mihi penitus inutilem à te insuper corruptum. Quid agam in duplum hominis nauci, cujus nulla mihi æstimatio? Possum tibi dicere; solve pretium servi & abduc hominem à te corruptum; vel pete illum à Titio, qui jam eum possidet; ego tibi actionem cedam. Ad hoc teneris acceptandum vel ad duplum, quanti reverà servus ille qualiscunque, vilior factus est præstandum. Scilicet, etsi mihi sit inutilis, aliis tamen non idem videatur; ut recte Accursius; quod cur in secus urgeat Faber, qui nulli mortalium

lium ad ullam rem servum utilem fuisse ponit, ratio non apparet. Ista electio, sive ego possideam servum, seu possidere desierim, mihi datur, non tamen si mortuus sit, nec etiam si manumiserim, quia iniquum foret, ut pretium servi à me ipso manumissi, à te peterem. Quid absurdi in hac specie facti & decisione sit, Lector judicet velim. Et si cui vacet ratiunculas Frabri examinare, videbit eas ipsa recensione facti occupatas. Etiam quod à Ridiculo petit è verbis, *cum homine vivo agitur*. Interpretibus Basilicorum hoc adeo non visum fuit absurdum, ut etiam pluribus verbis exponendum putaverint. Verba subjiciam, quia spectant ad præcipuam Fabri objectionem. *Τὸ δὲ εἰρημένον*, ajunt, *ὡς ὁ δεσπότης ἀποδίδωσι τὸν οἰκέτην, νόησον, ἐὰν ζῶντος αὐτοῦ κινῆται ἡ φθορᾶς ἀγωγή. Εἰ γὰρ ἐτελεύτησεν, πῶς ἔχει τὸν τελευτήσαντα ἀποδοῦναι; Quod autem dictum est, dominum reddere servum, intellige, si vivo eo, moveatur actio servi corrupti. Nam si mortuus sit, quomodo mortuum reddere posset?* Hoc ipsum, dicat Faber, nonne absurdum est? Imperito juris ita videatur; de Fabro non feram, ut miretur illorum admirationem, qualem refutavimus ad *l.* 9. §. 1. *suprà Ad Exhib.* Cum enim corruptor in dolo fuerit, non erat absurdum, credere, quod non obstante rei interitu, quasi res adhuc existeret, teneretur secundum ea, quæ ad *d. l.* 9. *Ad Exhibendum*, dolum pro possessione, licet jam pridem res perierit, haberi; cum verò cujus dolo res periit, teneri & damnari ad restituendum, licet impossibilis sit restitutio, demonstravimus. Reliqua Fabri sponte, ni fallor, evanescunt. Nimium acumen non est ad tractationem civilis prudentiæ idoneum.

Ulpianus Lib. 23. ad Edict.

Prætor ait; Si quis eum, apud quem Aleâ lusum esse dicetur, verberaverit damnumve ei dederit, sive quid eo tempore, dolo ejus subtractum est, judicium non dabo. In eum qui Aleæ ludendæ causâ vim intulerit, uti quaque res erit, animadvertam l. 1. in pr. de Aleator.

1. D. Wissembachius *Comment. ad h. t.* post alios; Prætor edicit, inquit, se, si quis eum, apud quem Aleâ lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve dederit, sive quid eo tempore dolo malo subtraxerit, judicium non daturum *l.* 1. *h. t.* Quod non tantum est *παράδοξον inexpectatum*, sed etiam *παράνομον injustum*. Isto enim modo invitantur homines ad furta, damna, injurias inferendas promissâ delictorum impunitate, contra *l.* 1. §. *quorum D. Ad SC. Turpill. l. ita vulneratus* 51. §. 2. *D. ad L. Aquil. Verri* inter alia, hoc quoque crimini datum, quod in judicem quendam Centuripinum edixisset, si quis eum pulsasset, se judicem injuriarum non daturum *Cic. Verr.* 3. Et ut maxime *κυβοδόχοι*, qui dicuntur *in Basilicis*, id est, Aleatorum susceptores, damnis atque injuriis digni videantur, nos tamen indigni, qui aut faciamus aut invitemus. *Hactenus verba D. Wissembachii* Quibus accedit, quod aliorum delictorum fautores ita non habentur à disciplinâ Juris Romani; ne quidem meretricum receptatores, si quidem in multorum honestorum virorum prædiis lupanaria exerceri scribit idem, qui est hujus Legis auctor, Ulpianus in *l.* 27. *in fin. d. Heredit. petit.*

 Pom-

2. Pomponius ad leniendam hujus indulgentiæ maleficæ invidiam putabat, Edictum Prætoris de solâ pœnali actione, non etiam de vindicatione, vel condictione, quâ susceptor aleatorum res sibi per vim & injuriam ereptas repetat, vel in id quod interest agat, intelligendum esse, *l.* 1. §. 2. *h.* quod & Wesembecius in *Paratit.* ad *h. t.* ita interpretatur; sed male, quemadmodum notat Ulpianus *in d.* §. 2. cum Prætor simpliciter edicat, se jus non esse dicturum, etiam, si aliquid subtractum fuerit; satis insigni in Wesembecio festinatæ lectionis argumento; quod tamen inter παρερέμματα potius, quam ἁμαρτήματα Wesembecii referendum esse jubet humanitas; etsi aliter in nos consuleret quorundam criticorum inhumanitas. Quærenda igitur alia respondendi via: quam Ant. Faber *in Rational. hic* ita instituit; Dignum quidem esse, qui susceptorem aleatorum verberavit, aut injuriâ damnove, dolo malo, adfecit, qui puniatur; sed indignum esse hunc, qui domum suam ad aleæ lusum præbuit, ut actionem ei Prætor accommodet, quatenus, qui damnum suâ culpâ sentit, hoc sentire non videtur *L. quod quis* 203. *d. R. Jur.* Et cum utriusque turpitudo in hoc casu versetur, æquum est, meliorem esse causam possidentis & deteriorem agentis *l. pen. d. Condict. ob turp. vel injust. caus.* Bene autem Prætor advertit, *ita pergit Faber*, Aleæ lusum melius & efficacius prohiberi non posse, quam si nemo sit, qui apud se aleâ lusum velit. Nec melius rursum deterreri eos, qui alioquin Aleatores apud se suscepturi essent, quàm si viderint, contra se promissam à Prætore delinquentibus impunitatem; exemplo ejus, quod de servis fugitivis eorumque susceptoribus scribunt Imperatores in *l. servos* 12. *C. de Agric. & Censit.* his verbis; *Nam cum metu damni deterritus unusquisque eum, quem incognitum habuerit, à se ceperit propulsare, voluntas fugiendi servis non erit.* Hæc Antonius Faber.

3. Sed an hæ rationes Censuræ Wissembachianæ satisfaciant, dubitare licet. Sufficiunt equidem ad Prætorem excusandum, vel etiam defendendum. Verum hæc res à duobus lateribus adspicienda est, à parte δεκαδίχου, sive Receptatoris & Aleatorum. Cur ille actionem habere non debeat, sed à tribunali repellatur, est meriti satis in ipsius facto. Sed qui damna, furta, injurias hospiti suo fecerunt ideo impune suam insolentiam, sua crimina ferre non debent. Proinde quod ad primam attinet rationem, non est quidem dignus Aleatorum receptator beneficio Legis, aut Prætoris; sed est ratio illum coercendi melior, quàm impunitate furandi, rapiendi, verberandi, quâ permissâ inter aleatores & eorum hospites, quid aliud quam speluncas latronum in Republ. constituimus? II. Ratio: Damnum quod quis suâ culpâ sentit, id eum sentire non videri, locum habet ita, si non alterius dolo malo damnum illud evenerit. Si enim culpæ vel doli commissa novis delictis cumulare liceret, quæ facies Reipubl. foret? præsertim in illa fæce populi, quæ hac licentiâ rueret in se ipsam & in alios. III. ratio, In turpi utriusque causâ melior est possidentis conditio, habet usum in uno eodemque negotio; veluti, cum quis dedit meretrici, non potest repetere, quia turpiter dedit: At si meretrix illum, vel ipse meretricem expilaverit, non est scriptum, etiam inter eos cessare furti actionem. Quartam rationem quis ferat? Non esse meliorem modum Aleæ lusum impediendi, quam

hac impunitate licentiàque male mulctandi hospites, domos eorum diripiendi, ipsosque verberandi. Imo utrique puniantur; Fiat justitia, & pereat mundus, ne pereat mundus, ut suum cuique tribuatur; nec aliud est in *l.* 12. *C. de Agric. & Cens.* quâ Faber usus est. Ibi, ne fugitivi recipiantur, cautum est, sed non impunitate novi delicti.

4. Quid igitur ad Censuram? Mihi semper ita visum est: Prætorem quidem in Edicto suo noluisse polliceri jurisdictionis suæ officium inter Aleatores eorumque receptatores, sed eos aversâ sellâ destituisse, ratum majestate suâ indignum, operam dare sordentium ganearum vitilitigiis; quod civilem quidem attinet agendi modum. Nec enim minus meriti sunt ut actio illis denegetur, quam qui rem suam vel sibi debitam non per judicem reposcunt, quibus actio negatur à gravissimo Principe Philosopho in *C.* 13. *Quod met.* Sed hoc non præjudicat officio Præfecti Urbis, cujus est, animadvertere in crimina quælibet, in & extra urbem admissa cum Prætor nonnisi civilem habeat jurisdictionem, quemadmodum Titulis de utriusque tam Prætoris, quam Præfecti Urbis officio intelleximus. Ideoque si Prætor Romanus dignitatis suæ reputationi plusquam forte necesse videatur, tribuerit, Juris tamen disciplinæ, quod per hanc delicta relinquantur impunita non potest adscribi. Perinde enim à quo Magistratu Justitia exerceatur, à Prætore vel à præfecto urbis. Cæterum in id equidem conveniunt Interpretes, hodiernis moribus hoc Edictum exolevisse; tametsi nemini, quod viderim, in mentem venerit, jus Romanum hac Censuræ nota liberare. Graviora sane delicta, damna, injuriæ si cauponibus & aleatorum hospitibus inferantur, non modo à Magistratu animadversum, sed etiam cauponibus ipsis actionem datum iri, non dubito; de levioribus ne hodie quidem gravem Judicem ejusmodi vitiosis hominibus auscultaturum existimo; quod etiam Groenewegius ad *h. tit.* arbitratur.

Paulus Lib. XIX. ad Edictum.

Quod in convivio vescendi causâ ponitur, in eam rem familiæ ludere permittitur l. 4. d. Aleat.

1. Lusus Aleæ ex argumento Rubricæ proculdubio intelligitur, sive ludus sortium, *hoc loco.* Atqui *tales ludi, sive merâ nitantur fortuna, qui dicuntur aleares; sive principaliter illâ nitantur, qui vocantur quasi aleares, ut ludus chartarum & tabularum cum taxillis, sunt suâ naturâ illiciti; quia non debet illud in ludum verti, quod suâ naturâ singularem respectum habet ad specialem Dei providentiam. At verò Sors ex suâ naturâ, quæstionis determinationem expectat à speciali Dei providentiâ*; sunt verba *Amesii lib. 6. de Conscient. c.* 23. *Qu.* 3. Proinde, si ludi isti suâ naturâ prohibiti sint, ex parvitate materiæ, de quâ luditur, eorum jus mutari non potest; sed magis reprehendendum erit, quod modicæ rei causâ, divinam providentiam tentare videamur, idque solutis animis in convivio vel symposio. Dicam simpliciter, quid mihi de Sortis usu videatur; In se jactum

tesseræ, vel casum chartulæ non magis specialem habere respectum ad divinam providentiam, quam jactum lapidis, aut pomi, aut nucis, aut quoslibet motus rerum fortuitos, quorum nihil sine Deo in quo sumus & movemur, divinâ providentiâ instituitur. Sed respectus specialis ad Providentiam pendet ab intentione & à determinatione jacientium sortes. Si obiter aut fallendi temporis causâ tecum solus, tesseras aut chartas aleares jacias, ut quomodo cadant, videas, ineptia forte & horæ perditio sit, providentiæ divinæ tentatio non est. Nihilo magis, si hoc ita cum alio facias, gratis, aut pretio tam modico, ut pro nihilo habeas. At si quis acriter intentus, si sortis eventum ægre laturus sit aut intonet, aliter si cadat sors, quam expectet, ut fit in majoris pretii ludis, hæc res est in vitio, & potest videri ad providentiam pertinere determinandam; Inde jurgia, rixæ, blasphemiæ, & multa causa prohibitionis. Secundum hæc, permissio lusus, qui fit in convivio, pro licito haberi posse videtur. Etsi tutius hoc genere ludorum abstinetur. Textum etiam accipiemus stricte, ut familiares tantum epulæ, ad amicitiam honestamque animi recreationem, non symposia bacchantium intelligantur. Pluribus hanc Quæstionem aliquanto facilior ad tuendum Aleæ lusum, exequitur Vir Amplissi. Joh. Andreas Vander Meulen, *in tract. de Jure Poli.*

Ulpian. Lib XXIV. ad Edict.

Si Mensor non falsum modum renuntiaverit, sed traxerit renuntiationem, & ob hoc evenerit, ut venditor liberetur, qui adsignaturum se modum intra certum diem promisit, hæc actio locum non habet: Sed nec dari utilem debere Pomponius ait. Erit ergo ad actionem de dolo decurrendum l. 5. in pr. Si Mens. fals. mod.

1. Venditus est fundus, sub hac lege, ut venditor intra certum tempus modum agri declaret, qui hac gratiâ Mensori dedit negotium, ut agrum metiretur. Is autem traxit renuntiationem, ut dies exiret ac emptor liberaretur. Textus habet, ut *venditor liberetur*, quod vix est, ut sensum habeat idoneum in hoc casu, quo venditor obligatus est ad modum agri intra certum tempus adsignandum; si esset pactum, quale in *l.* 40. *d. Contrah. empt.* ut emptor, si velit, agrum metiri curet, *τὸ liberetur* facilius ferri posset. Nam etsi venditor, emptione resolutâ, æquè liberetur ac emptor à contractu, tamen in id quod interest actione non liberatur, quâ tenetur emptori, ex eo quod promisit, se modum intra certum diem adsignaturum. Imò ne ab implenda quidem venditione liberatur, si emptor urgeat implementum contractus idque salvâ emptori in id quod interest actione. Magis igitur est, ut hic pro *liberetur*, legamus, *læderetur*, quod jam aliis pridem animadversum è Basilicis, qui habent, ἀλλ' ὑπερθέμενος βλάπτῃ τὸν πράτην, *re protractâ lædat venditorem*; etsi jam tum libros aliquos, in Latino, habuisse *liberetur* Stephanus interpres Græcus indicat.

Ul-

Ulpian. Lib. xxv. ad Edictum.

Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc & vendere & donare. Si cenotaphium sit, posse hoc venire dicendum est. Nec enim esse hoc religiosum Divi fratres rescripserunt l. 6. §. 1. d. Religios.

1. Quod sepulchra pro locis religiosis & nullius in bonis habentur & commercio eximuntur, ut *hic & passim* legimus, ad superstitionem paganam, à Cristiana simplicitate alienam, accedere videtur. *Nostris moribus*, ait D. Paulus Voetius ad §. 9. *Inst. de Rer. Div. n.* 4. *ubi purior admittitur Religio, nullus locus est religiosus nec nulla sanctitas inest monumentis.* Quare & sepulchra emuntur atque venduntur omni die; Tametsi rectè D. Voetius observet, loca sepulchrorum ipsa non esse apud nos in commercio, sed jus inferendi mortuos in sepulchra, vendi emique solere. Verùm id esse ex accidenti, quia solum, in quo monumenta collocantur, est publicum, non ex ipsa sepulcrorum natura, satis manifestum est; Ideoque, si nunc, ut olim sepulchra quisque paterfamilias in hortis & agris suis haberet, non est dubium, quin hodie vendi, alienari, & permutari possent, quod Jure Civili prohibetur, in *l.* xi. *h. t.* translatis in alium locum ossibus, ut jam salvâ religione, fieri posse creditur; olim sine veniâ Pontificis maximi, sive Principis, fieri non poterat *l.* 8. *pr. h. t.* ne quidem sub Christianis Principibus *l.* 14. *C. de Religios.* Sed quanta superstitio Veterum fuerit in sepulchris, quæ prope templorum instar, ubi sacrificarent & preces funderent, habuere docet Lyl. Gyraldus, de Diis *Gentil. syntagm.* 17. etiam apud Cenotaphia, quemadmodum Andromache apud Virgil. 3. *Æneid.* apud ejusmodi inane monumentum Hectoreos manes invocabat; ex quo rectè Martianus Cenotaphium esse locum religiosum probabat, ut legimus *in l.* 6. §. *ult. d. Rer. divis.* Etsi postea Divi fratres superstitionem hac parte minuendam putarunt, ut testis *hic* & in *l.* 7. *d. t.* est Ulpianus. In hoc igitur censura desinat; causam non fuisse, cur Cristianus Imperator hujus superstitionis effectum in libris Juris à se reformati relinqueret.

2. Non opus erit eloquentiâ multâ, credo, apud Pontificios, hac parte deprecandi Censuram; qui religionem sepulchrorum ritibus etiam sacris & lustralibus cærimoniis inculcant ac insignitam volunt: nec dubitat Antonius Faber in *Rational. ad h. Tit.* Protestantes, maxime Reformatos spretæ religionis arguere; quod in mortuis sepeliendis, omnes ritus & cærimonias abolevereunt. Enimvero instituti inter Christianos admodum vetusti esse reverentiam sepulchrorum, quasi adversus monumenta resurrectionis, indubitatum est; inde ab Apostolico tempore, si credimus his, qui τὸ δυσνόητον Pauli, de his qui baptizantur ὑπὲρ τῶν νεκρῶν, *super mortuos*, intelligunt, de ritu celebrandi Baptismum juxta monumenta sepulchrorum, ac ita super ipsos mortuos; ad spem resurrectionis, in lavacro resurrectionis, præsentius & efficacius contestandam, quos inter est Josephus Scaliger. Tantum igitur abest, ut Christiani religionem sepulchrorum minuendam putarint; etsi aliâ quam pagani, ratione ducti; potius ut

ut jungenda ſepulchra templis, imo intra templorum ſepta provehenda, à quo gentiles non immerito abhorrebant, luculenter augendam judicaverint. Quod cum ne Proteſtantes quidem mutare in animum induxerint, nihil etiam his ipſis cauſæ eſt, hac parte deſiderandi, vel antiquos reprehendendi. Quibus ita viſum fuit, ſepulchra loco ſolo & extra hominum frequentiam conſpicuo licet, eſſe jubere; qua cauſa forte rejiciendum non ſit quod de locis *religioſis* ex Maſſurio Sabino refert Gellius, *Religioſum*, inquit eſt, *quod propter ſanctitatem aliquam remotum ac ſepoſitum à nobis eſt: Verbum à relinquendo dictum l. 4. c. 9.* Cujus loco nos ſepulchra in mediam hominum lucem maximamque frequentiam, magis contra medicinæ, quam ſecundum Theologiæ rationes, admovenda putavimus.

3. Sed nec illud plane conſtitui, ſatin' cauſæ ſit in reprehendendis Veteribus, quod ſepulchra commercio exemerunt, nec oſſa mortuorum ſine venia publica moveri & ejici permiſerunt; quod hodie ſæpe fit inſolenter & irreverenter. Si viri eximii, non ſine ratione, cavendum putarunt, ne de ſuis oſſibus id fieret, argumentum pro veteribus haud ſpernendum inde colligitur. Sepulchro *Ioſephi Scaligeri*, apud Lugdunum Batavíæ, inſculpta ſunt hæc verba; *Mortuum huc inferre non licet.* Idemque, paulo tamen aliis verbis ſuo ſepulchro in Templo Franekerano, ut inſculpi curarem, à me petiit Vir Ampliſſimus p. m. *Antonius Kann*, Procurator Friſiæ Generalis, amicus deſideratiſſimus, idque ita probè curatum eſt, ſi modo à poſtea naſcituris obſervetur. Mihi ſane religio fuit, emere ſepulchra & monumenta hominum clarorum, eâ lege; nam aliter uſum habere non poterant; ut exuviæ inde auferrentur, & memoria nominis illorum, cum honore verborum & carminum è monumento exſcinderetur. Ita cum viliſſimo pretio monumentum *Johannis Bogermanni* Theologiæ Profeſſoris & Præſidis olim Synodi Dordracenæ, ab heredibus ad extrema redactis, in primario templi loco, magno & inſigni lapide, cui ornamenta Viri & res geſtæ inſculptæ erant, mihi Venale offerretur, abſtinendum cenſui, & aliis illud conditionis commodum, libens reliqui. Quod cum iterum de alterius Viri non minus clari & aliquanto doctioris ſepulchro uſu veniſſet, non modo non emi; ſed & operam dedi, quod in priore caſu non erat in facultate meâ, ne venditio procederet, & oſſa Viri Clariſſimi adhuc quidem intacta manerent. Quo minus in univerſum illud hiſce temporibus recipiatur, facit mos verè ſuperſtitioſus; ut parcamus ſuperſtitionem hac parte Veteribus objicere; mortuos nuſquam, niſi in templis & porticibus hortiſque templorum, quos Dormitoria, Græco inde vocabulo dicimus, ſepeliendi. Nam ſi receptum eſſet, ut in agro vel horto cujuſque privato, ſicut olim, hodieque ſepulturæ fierent, ego quidem non dubito, quin ita fere quiſque, ſicut eximii Viri ſupra dicti præiverunt, faciendum putaret, ut oſſa ſua cinereſque, ad ſpem beatæ reſurrectionis, quæ cauſa Scaligerano monumento adjecta eſt, intacta *r linquerentur*, unde *religionis* vocabulum Maſſurius Sabinus derivabat. Idque non immerito tutelam juris publici meriturum, & facili momento in conſvetudinem antiquæ ſimilem tranſiturum eſſe videretur: Quod nunc ob anguſtiam publicorum coemeteriorum non habet facultatem obſervationis.

Ga-

Gajus lib. XIX. ad Edictum Provinc.

Liberum est ei, qui prohibetur, mortuum ossave mortui inferre, aut statim Interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri; aut aliò inferre, & postea in factum agere, per quam consequitur actor, quanti ejus interfuerit, prohibitum non esse. In quam computationem cadit loci pretium, aut conducti merces: Item sui loci pretium, quem quis nisi coactus, religiosum facturus non esset; Unde miror, quare constare videatur, neque heredi, neque in heredem dandam hanc actionem: Nam, ut apparet, pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducitur, certe perpetuò ea inter ipsos competit l. 9. d. Relig.

1. Non immerito summi Vir judicii & doctrinæ, cui Jurisprudentia multum debet & debendi spem habet, miratus est, Gajum hic mirari, quod cur miretur, nihil sit omnino. Cum enim hæc actio ad injuriæ & vindictæ persecutionem manifesto spectet, (cujusmodi actiones, etsi mere pecuniarias aut rei persecutorias, ut est Revocatoria donationis propter ingratitudinem, *l. ult. C. de Revoc. Donat.* non dari heredibus aut in heredes, tralatitii juris est, ut ad *tit. I. de perpet. & tempor. action.* demonstravimus) aliter fieri non poterat, quam ut hæc actio reliquarum ejus generis naturam sequeretur. Unde igitur ignorantiæ filia Gajum invasit admiratio? Sæpe diximus, non esse nos in hac hæresi, Juris Auctores errare non potuisse, nihil ignorasse; sæpe videmus admirantes, esse quod non putent, dubitantes, hæsitantes, non liquere sibi fatentes; quemadmodum Vir Cl. in elegantem locum Communem hac occasione digressus, copiosè demonstrat. Nihil adeo præjudicandum nostri seculi ingeniis, si quando ex principiis boni & æqui, à veteribus ad nos propagatis, rationes, quas illi vel non quæsiverunt, vel quæsitas non invenerunt, investigent. Nec quidem periculum esse puto, magis laudandum censeo, si errores eorum posterioribus curis industriâque detegantur. Quod insolens non videri, mea peculiariter interest, qui Censores, & unum maxime Criticum singularem habeo, à quo mea scripta primæ & posterioris curæ, statim & prius, ac edita sint, excutiuntur, & si quid, erroris veri vel imaginarii offendat, in lucem protruditur. Habeo quo mollius hoc feram, si nec ipsi Veteres defuerint, quos opinio fefellerit. Sed in hac disputatiuncula nihil ejusmodi cautione opus est. Non feret ægre, scio, Vir Cl. si pro Cajo quod dici possit, adferam:

2. Defensio ejus in hoc consistet; Mihi non videtur ad injuriæ vindictam hæc actio pertinere. Nam quid? Alius in agrum, quem puto, vel contendo, esse meum, vult inferre mortuum, ut solebant veteres, insolito usu cœmeteriorum. Ego id fieri veto. Quid hac in re est injuriæ? Non plus, opinor, quam si mortuum in agrum verè meum inferri prohibeam. Nec enim pati cogor, ut alius meum, vel quem puto meum esse, fundum sepulchris suis occupet. Si erro circa dominium agri, procul tamen est animus & commissum injuriæ. Præter quod ususfructus aut aliquod jus servitutis ad prohibendum sufficit, ab actione vero injuriæ satis excusat opinio de tali aliquo jure nobis competente. Sed probatur actio injuriarum ex *l. 8. in pr.*

pr. h.t. ubi, *Adversus eum qui cadaver ab alio in agro suo sepultum, sine decreto Pontificum, seu jussa Principis eruit, ejicit: injuriarum actio datur.* Rectè, quia *Turpius ejicitur, quam non admittitur hospes.* Eruere, ejicere, prohibere, quomodocunque sepultum, est injuriosum; non æque, prohibere, ne inferatur, quo certum jus non est inferendi, vel, quod ad injuriæ sensum est idem, jus esse non putat alius. Prorsus *in d. l.* 8. casus est violati sepulchri, in quo certe est injuria, & actio ad ultionem injuriæ *l.* 3. §. 8. *l.* 6. *d. Sepulchr. viol.* Imo & de quâlibet injuria cadaveri, vel etiam statuæ defuncti factâ heres habet & recte movet injuriarum actionem, cujus est, defuncti existimationem purgare *l.* 1. §. 5. 6. *l.* 27. *d. Injur.* sed non pertinet ad defuncti existimationem, quod heres ipse corpus in agro juris controversi sepelire satagit, nec ideo, si dominus vel possessor id impediat, injuria defuncto infertur; quia non de ejus existimatione, nec quidem de sepulturâ directe, sed de agri jure contentio intelligenda est. Nihil enim est in *hac l.* 9. quod de jure fundi controversiam, ut causam prohibitionis quæ naturæ negotii inest, excludit; etsi κὰν κοινῷ repetas, quod est in *l.* 8. §. *ult.* de eo, qui prohibitus est inferre mortuum, quo ei jus inferendi esset: Id enim controversiam quæ fuerit de fundo, non renuit. Nam hoc excipi posse, non latet nos: Actionem hanc in factum ei dari, qui prohibitus est inferre mortuum, quo jus illi erat inferendi *d. l.* 1. § *ult.* Unde cum nihil juris habuerit prohibens, nihil quam injuria remaneat. Sed res est clara, Intentionem quidem hujus in factum actionis & eventum victoriæ talem esse posse, ut nullo jure prohibens sepulturam impediisse videatur; Sed ab utraque multum discrepare speciem controversiæ resultantem è contradictione partis adversæ & lite pendente, quæ ut juris disceptationem continet, ita Injuriæ reatum excludit. Prohibitus ait, Prohibuisti me inferre mortuum, quojus mihi erat inferendi. Alter: Imo nullum jus inferendi mortuum habuisti. Et ego te prohibens, jure meo sum usus. Τὸ κρινόμενον igitur est, an jus inferendi mortuum habuerit vel non. Quæ ab actione Injuriarum est separatissima. Nam qui jure suo utitur, aut uti se credit, non facit injuriam. Denique, prohibitio potest fieri & denuntiando, vel dicendo, se prohibere *l.* 19. §. 1. *Quod vi aut clam.* Nec opus est, ut qui prohibet sepeliri, vim inferat cadaveri, aut prosequentibus cadaver; Claudere potest aditum fundi, aliove modo facere, ne mortuus inferatur, in suum præjudicium, ut ipse quidem putet, aut contendat. Non est hæc injuria, quemadmodum mihi quidem videtur.

2. Ergo si hæc ratio non impedit, quominus jure miratus sit Gajus, hanc actionem non dari heredibus & in heredes, contenti simus, opinor, hoc exemplum ponere inter specimina *Legis non Omnium* 20. *de Legibus*, quemadmodum se facere solitum esse narrat Cujacius 8. *obs.* 12. idque laudat, ut Cujaciana pleraque non immerito, noster Wissembachius *hic*. *Non omnium, quæ à majoribus constituta sunt ratio reddi potest* scilicet. Etsi Anton. Faber in *Rational. ad h. l.* negat, forte nec temerè, opus esse hac anchorâ sacrâ; cum non agatur hic de jure constituto, sed de usu Fori, cujus Jurisperiti non est semper rationem reddere, nec id ab eo requiri potest, cum sæpe nullâ ratione nitatur. Denique, nos, quomodo adhuc est, nihil habemus aliud, quam ut Gajum non de nihilo hæ-

hæsitasse videri putemus. Si quis ita tamen in animum inducat, Veteres qui hanc opinionem, quam Gajus obtinuisse miratur, introduxerunt, ita existimasse; genus hoc actionis in factum, ad similitudinem & ad instar actionis Injuriarum accedere, quod Gajo secus, nec sine ratione visum fuerit, aut in mentem non venerit; is & veteribus rationem aliquam, & Gajo mirandi; & Viro Cl. probabilem censuræ & nobis Eunomiæ causam adserere posse videbitur. Nec ab eo temperamento alienus est Anton. Faber, adeò ut ita nec opus sit, cum Accursio statuere, quod Gajus hic miratur, id imperitis olim visum fuisse; Non patiuntur hoc, verba Gaji, *Quare constare videatur*; hoc ad eos qui forum tenent stylumque judicialem regunt, pertinere videtur.

Paulus Lib. XXII. ad Edict.

Quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos jus est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit: Sed stipulatione id caveri oportet. l. 11. d. Religios.

1. Commentarius in hanc legem censorius, idemque prolixus & molestus Antonii Fabri in *Rational. ad h. l.* extat. Cujus exemplo, si respondendum sit ad omnes, quæ moveri possunt, ad quoslibet difficiliores & quasi incongruos textus, objectiones, nec hujus operis finis, & studium Juris multo tetrius & intricatius, quam disciplinæ sensu Communi fundatæ par sit & expediat studiosis, invenietur. Exitum ille vel sensum invenit nullum; nisi verba *locus monumenti* deleantur, & hic textus ad legem præcedentem referatur, ubi tractatus est casus, si quis vendiderit fundum eâ lege, ut venditori liceret inferre mortuos in sepulchrum, quod est in fundo vendito. Hic intelligit pactum ex adverso, Emptoris, paciscentis, ne liceat venditori in sepulchrum inferre mortuos suos, quibus id destinatum erat; ne cogeretur scilicet illam molestiam à sepulturis alienis pati. Quæ interpretatio cum ipsum monumentum, quod Faber intelligit idem cum *loco monumenti*, non supponat venditum, ut nunc est in textu, hæc verba delet, & *fundum* ἀπὸ κοινοῦ ex priore Lege vult intellectum. Sed tum expedire se non potest, cur minus hoc per *pactum* fieri possit, cum effectu ordinario pacti, qui est exceptionis, quam per *stipulationem*, cum effectu actionis ordinario. Nam instantia, quam profert de usuris, quæ per stipulationem, non per pactum in mutuo debentur, ad rem non pertinet; cum manifesta sit ratio, cur pactum in Mutuo non insit, & stipulatio per se subsistat, *arg. l. 17. in pr. d. Pactis*, ut dictum in *Capite ff. de Usuris*. Similes differentiæ sunt in reliquis ab ipso productis instantiis. Quid autem hic pactum prohibeat, cum stipulationem admittat, non edisserit, in quo præcipuus est hujus Legis & Eunomiæ scrupulus. Quod enim dicit, per pactum non posse convenire, ne quis in suo mortuum sepeliat, per stipulationem verò licere, si modo stipulantis intersit, non habet rationem; quare, inquam, si paciscentis intersit, æque non valeat pactum ad exceptionem, quam stipulatio ad actionem? Nam

 quod

quod in *L. pen. d. Pact.* habetur, *neminem paciscendo efficere posse, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito, prædium alienet*; hoc ideo fit, quia paciscentis non interest ut plurimum, talia non fieri. Quod si intersit alterius, cur ita pacisci non liceat, nihil profertur, idque Justinianus adserit in *l. ult. C. de Pact. int. Empt. & Vendit.* etsi verum est, quod Faber excipit, in *h. l. ult.* agi, de pacto venditioni ipsi adjecto, secus ac in *d. l. pen.* Sed tamen illa ratio de eo, quod non intersit omnino subesse videtur *in d. l. pen.* Magis igitur est ut hunc textum intelligamus simpliciter, *ὡς κεῖται*. Agi hic de monumento puro, quod potest vendi *l. 6. §. ult. h. l. 52. Pro Soc.* Pactum tamen adjectum, ne liceat in illud monumentum mortuos inferre, quos jus est, *vel esset*, ut Accursius, inferendi, non valet; quia non interest venditoris (qui hic vendit & stipulatur ab emptore, non hic à venditore, quod vult Faber) ita fieri. Si tamen stipulatio pœnalis concipiatur, hæc valebit & actionem pariet; quia in hunc usum illa maxime comparata est, ut conventiones ob defectum ejus quod interest, inutiles, sustineat iisque det effectum §. *versa vice* 20. *Inst. de Inutil. stipul.* Quæ ut est Cujacii & communis interpretatio, sic Fabri nimiæ subtilitati & Censuræ hypercriticæ præferenda videtur.

Marcellus Lib. v. Digestor.

Minime majores lugendum putaverunt eum, qui ad Patriam delendam, & parentes & liberos interficiendos venerit: quem si filius patrem, aut Pater filium occidisset, sine scelere, etiam præmio adficiendum omnes constituerunt l. 35. d. Religios.

1. Nihil quidem in proditores Patriæ nimis grave statui potest. Sed an liberis sit fas, Parentes, patriæ suæ hostes occidere, merito dubitate licet. *Etsi contemptor Legum & impius sit, pater tamen est*, ait Justinianus in *Nov. 12. cap.* 2. Nec tam videndum, quid pater mereatur, quam filium quid deceat. Non quicquid justum, etiam pluchrum est; *Δίκαια μὲν, καλῶς δ' οὔ*, canit apud Euripidem Chorus in Orestem, qui matrem, patris ejus, viri sui necati ream interfecerat. *Jure quidem merito, sed non laudabile factum*! Timoleon fratrem patriæ tyrannidem invadere paratum interfecerat; sed cum Mater & propinqui illum execrarentur, *ἀθυμήσας* [illegible], animo dejecto, multos annos in solitudine vitam pœnitendo exegit, ut Plutarchus *in ejus vita* refert. Non est de nihilo, quod omnes parricidæ, summo jure licet usi, pœnitentiæ furiis acti *sibi ipsis in cruciatum displicuerunt*. *Quod tantum scelus inveniri potest*, rogat Quintilianus, *quod parricidio vindicandum sit! declam.* 286. *In parricidio nulla satis justa causa, ad sceleris patrocinium prætexi potest*, verba sunt Justini *lib. xv.*

2. Dicamus ita; separandum videri officium privati, ab æstimatione publicâ. De hac loquitur Marcellus; Non sunt hostes patriæ à propinquis suis lugendi; Talium Interfectores, etsi liberi forte ipsorum, præmiis; quod privatos affectus saluti communi posthabuerint, adficiendi videntur. At de priva-

ta

ta laude filiorum officioque necessitudinis hic non agitur. Marcellus ab eo latere factum filii non intuetur. Nec habet pugnam in se, quod aliquis dicatur mereri præmium publice, de quo privatim male opinentur leges. Libertus, qui patronum illicitæ mercis negotiatorem detulit, præmium accipit è publico *l. 1. d. His quæ ut indign.* Sed eadem lex adimit ipsi relicta testamento patroni, ut ingrato.

3. Verum enimvero datur adhuc alia forte an tutior amoliendæ ratio Censuræ. Cum enim hic textus Patrem describat, qui venerit paratus ad delendam Patriam, parentes liberosque suos interficiendos, hominem plane furiosum, vix est, ut adversus eum ulla pietatis officia publico privatove respectu amplius observanda sint; modo filius sic agat, ut re bene matureque deliberatâ, compertum ei sit, aliter patriam à peste præsenti, nullo modo, quam per se, liberari posse; cujusmodi actiones non facile solet pœnitentia sequi, ut recte Plutarchus in Timoleonte observat.

4. Nihil igitur Censuræ superesse videtur in Marcellum. Nec audiendus Groenewegius, qui abrogandam censet hanc Legem, quasi cum Bodino 1. *de Republ. c. 9. &* Ant. Matthæo *de Crimin. Lib. 48. tit. 6. c. 2. n. 13. in fin.* Neuter ab eo laudatus auctor in his terminis hoc statuit, sed Bodinus simpliciter negat, filio licere Patrem patriæ hostem interficere, quod in quolibet tralatitio bello fieri, vere nefas sit, nec in hoc textu adseritur. D. Matthæus hostem Patriæ judicatum & exulem, *à filio necari posse negat, &* Bodinus *de tali* filio publico præmio à Venetis adfecto, scribit, *forsitan præstitisse, ut urbs Venetorum prius aquarum suarum voraginibus absorpta fuisset, quam tanti sceleris immanitati præmia dedisset*, quod laudat Matthæus. Sin eum, qui ad patriam opprimendam hostili animo veniebat, occiderit filius, pœnæ quidem gratiam faciendam censet, non æque præmio filium esse honorandum. Quod vix aut modicè ad hujus loci Censuram pertinet.

5. Si vero maneamus in terminis hujus legis, ego ne de præmio quidem publicè dando, putem esse causam reprehendendi; Nam privati meritum officii non attingit Marcellus. Exemplum *d. l. 1. d His quæ ut indign.* etsi non ejusdem speciei, ad hanc tamen distinctionem exhibendam satis apte comparatum est, Reipublicæ rationem à privatis affectionibus & officiis omnino separandam esse. Quod autem plerique Marcelli sententiam de Patre *bannito*, sive proscripto & hoste declarato, licet in latam fugam acto, intelligunt, nullo modo concedendum est; Procul habitâ Vasquii sententia *controv. tom. 1. c. 49. n. 13.* qui parentem ejusmodi exulem proscriptum, ut à quolibet, sic etiam à filio interfici posse docet; Impune per Edicti sententiam, quominus ita fieri possit negare non licet; sed à diris parricidarum nulla sententiæ vel Edicti severitas illum excusare potest. Manendum est in terminis hujus Legis. Qui sunt iidem Ciceronis hac de re agentis in *lib. 3. Offic.* Quid *si pater*, inquid, *tyrannidem occupare*; *quid si Patriam prodere conabitur, silebitne filius? Imo vero accusabit, minabitur etiam: Ad extremum, si ad perniciem Patriæ res spectabit, Patriæ salutem anteponet saluti Patris.* Pluribus hanc Quæstionem tractat Vir Ampl. Jac. Andræas Vander Muelen *in Tract. de Foro Conscientiæ, seu de Jure Poli part. 2. Quæst. 10.*

6. Absolvimus, bono cum Deo, partem secundam Pandectarum, juxta institutum Eunomicum, ut hoc in primas cogitationes, & rudem stylum fluxit. Si tantum operæ pretium facere videmur, quantâ cum animi voluptate, laboris improbi tædium facile superante, & alacritate, vasti hæc operis Sciagraphia, & ejus Retractatio, Amplificatio & Emendatio domestica procedit; Deum precamur, ut valetudinem prosperam, mentemque divini & humani juris intelligentem addere, & in nominis sui honorem hanc operam, Justitiæque decus administrare velit.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus lib. XXVI. ad Edict.



Umeravi Tibi decem, & hæc alii stipulatus sum; nulla est Stipulatio: An condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno, qui re factus est, id est, numeratione: alio, qui verbis, id est, inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? Et puto posse. l. 9. §. 4. *d. Reb. Cred.*

1. Non potest diutius differri locus de Stipulatione Alii factâ, quem condiximus, inde ad *l.* 17. §. 4. *& l.* 21. §. 2. *d. Pactis.* ubi removimus objectiones tralatitias contra hoc jus, quod alius alii pacisci vel stipulari non possit, ideo, quia paciscentis aut stipulantis non intersit. Hic nobis res erit, cum optimo philosophiæ civilis magistro, qui jus Romanum hac parte vocat ad Censuram in *lib.* 2. *de jur. B. & P. cap.* XI. *n.* 18. *Solent,* inquit, *& Controversiæ incidere de Acceptatione pro altero factâ.* Est hæc ipsa

ipsa hujus loci quæstio; Nam stipulatio valet idem, quod Acceptatio. Nisi, quod hæc etiam pactis convenit; quæ tamen à Stipulatione, jure Gentium & moribus hodiernis, in effectu non discrepant.

2. *In quibus*, ait Grotius, *distinguendum est, inter promissionem mihi factam de re danda alteri, & inter promissionem in ipsius nomen collatam, cui res danda est.* Distinctio proba, sed minus apposita controversiæ, si recte puto. Nam promissionem mihi factam de re alteri dandâ, quis valere neget, haud satis memini. Jus Civile negat valere Stipulationem vel acceptationem alii factam, sive in alterius nomen collatam, non mihi, ut alii dem. Tunc enim non alii, sed mihi acquiritur obligatio, sub modo scilicet, ut etiam observat Sieglerus ad *d. Grotii locum.* si recte illum accipimus, inquam. Posset enim videri, non id voluisse Grotium *per Promissionem mihi factam de re alteri dandâ*, quod est in hac formula; *Centum mihi dare spondes pro Titio*, vel *quos dem Titio:* sed hoc, cum rogo; *Centum Titio dare spondes*, ille respondet, Dabo. Hæc enim est promissio mihi quoque facta de re alteri danda. Sed quæ tum est *promissio in alterius nomen collata*, quam Grotius illi opponit? Non potest esse alia, quam hæc posterior, *Centum Titio dare Spondes?* Hoc enim in alterius nomen confertur. Prior illa promissio mihi fit, ut alteri detur. Sed ad *l.* 17. §. 4. *de Pactis* habuimus hanc speciem, Tu promittis sine stipulatione præviâ Titio absenti & ignoranti. Ego accepto pro Titio. Hæc est promissio in alterius collata nomen & Acceptatio facta pro alio sed tamen eandem habens vim, quam stipulatio à me in alterius nomen concepta; *Titio dare spondes?* At hujusmodi sponsio jure civili prohibita est; non quæ mihi fit promissio, id est, quæ in meum nomen concipitur, in alterius commodum; quæ opponitur, ut Grotius facit, promissioni in alterius nomen collatæ. Manet igitur Grotii παρέργον, in sententiâ Juris Romani minus rectè concipiendâ, si quid intelligo.

3. Pergit Grotius; *Si mihi facta est promissio, omissâ inspectione, an mea privatim intersit, quam introduxit jus Romanum &c.* Vellem Grotius, ubi jus Romanum in his terminis hanc distinctionem introduxerit, explicuisset. Enimvero quibus in locis hanc positionem collocant JCti, *Alium alii non posse pacisci, vel stipulari,* reddunt hanc rationem quod stipulantis non intersit: ubi vero usu veniat, ut paciscentis aut stipulantis intersit, ibi valere pacta & stipulationes arbitrantur, ut Justinianus in §. *Alteri* 18. & §. 19. *Inst. de Inutil. Stipulat.* Ergo tenent hanc sane distinctionem; Si intersit stipulantis, alius alii stipulari potest; Si non intersit stipulantis, contrà. Sed Grotius illam distinctionem applicat ex Jure Romano quæstioni; An aliquis sibi stipulari possit, ut alii detur; quod non puto, inquam, Jure Civili, alterutro hujus distinctionis casu negari. Tu dices; huic etiam stipulationi, *Centum mihi dare spondes, ut illos Titio dem?* convenit æquè ratio, quam præfert jus Romanum, Inventas esse hujusmodi obligationes, ut unusquisque acquirat id quod interest sua; sed ut Titio detur, tua non interest, *d.* § 19. Unde nec plus valoris inesse videtur huic Stipulationi, quam priori, *Centum Titio dare spondes?* Sed ego non existimo, tutum esse, ex rationibus legum formare positiones & consecutiones legibus incognitas, quod esse periculosum, nec satis juridicum, probavimus *ad l.* 12.

§. *pen.*

§. *pen. suprà ad Exhibend.* Jus civile negat, Alium alii posse stipulari, quia stipulantis non interest. At sibi quenquam stipulari posse, ut alii detur, nusquam negat. Neque vero licet nobis in Artem Juris inferre positionem Juris Auctoribus incognitam, similis aut ejusdem rationis prætextu; quia sæpe Leges utuntur rationibus nimis generalibus, quam ut inde, jura, quasi certâ auctoritate constituta, nobis colligere liceat. Quicquid sibi quis stipulatur, hoc valet, utcunque non sit utile stipulanti, ideoque nec vere ipsius intersit, *l. 19. d. servit.* Cum quis etiam sibi stipulatur, ut alii detur, habemus rationem credendi, ipsius interesse: denique, quâ ratione aliquo modo non intersit mea, stipulari à Te quod mihi des, ut alii donem, cum ita debitorem naturaliter obligatum accipiam *l. 25. §. 11. d. Hered. petit?*

4. Pergit Grotius. *Quod si promissio in nomen ejus collata est, cui danda res est, distinguendum est, an qui acceptat, aut speciale mandatum habeat acceptandi, aut ita generale, ut talis acceptatio ei inclusa censeri debeat: an vero non habeat. Ubi mandatum tale antecessit, distinguendum ultra non puto, sitne persona sui juris, nec ne, quod Romanæ Leges volunt, sed plane ex tali acceptatione promissionem perfici; quia consensus potest & per ministrum interponi ac significari. Velle enim censeor, quod in alterius voluntate posui, si & ille velit.* Hic etiam male retulisse Grotium Juris Romani sententiam, putat D. Sieglerus *in notis ad d. §. 18.* Quia, si mandatum præcessit, non negant jura Romana nasci obligationem, è stipulatione alii factâ, *quia propter natam inde mandati actionem, illico interesse cœpit mandatarii*, inquit. Unde corruat etiam adscripta Juri Romano per Grotium distinctio, sitne sui juris persona quæ stipulatur, an alienæ potestatis, mandato præsupposito. Sed heic ego quidem Grotio magis adsentior: Satis enim constat, Jure Civili, ne quidem per Procuratorem acquiri obligationem, sive ne mandatarium quidem Mandanti posse stipulari; sed opus esse quo mandans acquirat jus obligationis, ut stipulator cedat suum jus Mandanti *l. 49. §. ult. d. Acquir. possess.* exceptis duobus casibus, si ex re mandantis, aut ipso præsente stipuletur *l. 68. d. Procurat. l. 79. d. V. Obl.* In eo tamen minus recte, opinor, Grotius; quod distinctionem inter sui & alieni juris personam, locum habere scribit, in casu, quo quis alii mandatu ipsius stipulatur aut acceptat; cum certi juris sit, ei cujus juri subjectus sit, recte quemque stipulari §. *si quis alii I. de Inutil. Stipul. l. 38. §. 17. l. 45. d. V. O. §. 1. Inst. de stipul. serv.* idque sine ulla mentione prævii mandati. Hoccene jam satis recte jure Romano sit proditum ne quidem mandatu alterius ipsi licere stipulari vel acceptare, quin opus sit remedio cessionis, expendendum erit, ad sequentia Grotii.

5. Verba sic habent quibus inter cætera, quod diximus, etiam continetur; *Deficiente autem Mandato, si alius, cui promissio facta non est, acceptet, volente promissore, tunc is erit effectus, ut promissori revocare promissionem non liceat, antequam is, quem spectat promissio, eam ratam habuerit, aut irritam.* Jure Civili, promissio facta absenti & ignoranti, acceptata ab alio, nihil operatur; quia acceptanti nihil promissum est; & Promissarius non acceptavit, sine quo nullum obligationis vinculum ne quidem naturali jure contrahitur. Grotius tamen Jure Naturæ non licere promissori, quod dixit, revocare, contendit; antequam is,

quem

quem promissio spectat, eam irritam faciat; nam quod addit, *sive ratam habeat*, ad revocandi facultatem non pertinet; tunc enim promissor ex ejus sententiâ planè tenebitur. Sed & antequam promissionem ratam irritamve habeat is ad quem spectat, promissorem teneri & obligatum esse vult Grotius; Quippe, cum is qui revocare non potest, omnino obligetur, id est, necessitatis vinculo teneatur. Vinculum est inter duos. Sed ego probo, non esse vinculum in promissione alii factâ, ab alio acceptatâ, ne quidem naturale. Nam vinculum adstringit alterum alteri. Promissor hic non adstringitur acceptanti, quia nihil ipsi promittit: non alteri, cui se daturum spondet, quia is ignorat; & obligatio è contractu, nonnisi inter consentientes ligat. Est igitur hæc promissio, quam quidem fine levitate, qui protulit eam, revocare non potest; sed vinculum obligationis, unde in foro agi possit, per eam non colligatur; paratâ semper exceptione, si acceptans agat suo nomine; *Tibi non promisi*. Altero, cui promissum fuit, agente per se, vel per acceptantem; *Tu nihil accepiasti, cum ego promitterem, ac ita nihil quæsivisti*. Non est fanè laudandus, qui cum animo dandi Tertio, fidem in hoc dat Secundo neque solvit; sed tamen ut præcise teneatur ad solvendum, jus in petente & acceptante, quod hic deficit, esse debet. Replicant Censores; Imo jus in acceptante fuit; Acquirendi amico suo, quod est humanum & communi Legi Societatis congruum. Sed non quælibet officia charitatis & humanitatis actionibus in foro producendis sufficiunt. Illic agitur de meo & de tuo; Jurisprudentia differt ab Ethicâ. Leve & incivile esse, retractare promissiones ita factas, & justam querendi causam dari promissariis, concedimus; sed ad forense jus agendi, non probabile, sed plenum perfectumque jus acquisitum requiritur, expletricis non attributricis justitiæ. Perfectum jus eum qui acceptavit sibi non promissum, aut qui non acceptavit sibi promissum, habere, nemo dicet, opinor, probari certe non potest. Quid si Acceptans, à promissario mandatum habuerit? Distinguendum opinor, utrum promissor illius mandati conscius fuerit, an secus. Si Mandatum sciverit, eoque in promittendo spectaverit, teneri illum existimo; non modo illis duobus Jure Civili exceptis casibus, sed generaliter; Acceptatio enim mandatu alterius in ejus nomen facta, non nisi ut ab ipso facta haberi potest. Velle enim censeor, ut recte Grotius, quod in alterius voluntate ministerioque posui. Si vero promittens Mandati, quod acceptans, ab eo, quem promissio spectat, habuit, ignarus fuerit, salvæ ei sunt exceptiones modò commemoratæ, tam adversus acceptantem, *Tibi non promisi*, quam promissarium: *Tu non acceptasti*. Replicatio; *Ille meo mandatu acceptavit*, ita refutabitur; Hoc inter vos vertitur; mihi non significatum neque nocet neque prodest. Et si dicamus, hanc ignorantiam Juris auctores supponere, cum negant, Procuratorem domino quicquam ab alio stipulando, vel acceptando acquirere, forte nihil erremus.

6. Postremo Grotius: *Sic tamen, ut medio illo tempore, is qui acceptavit, remittere promissum non possit, quia hic non adhibitus est, ad jus aliquod accipiendum, sed ad adstringendam promissoris fidem in sustentando beneficio. Ita ut promissor ipse, si revocet, faciat contra fidem, non contra jus proprium alicujus*. Hæc ultima verba parum absunt à nostra sententia. Nam ut obligatio perfecta nascatur, oportet jus proprium alicujus esse stabilitum. Facere promissorem, revocando, *contra*

tra fidem, id est, veracitatem, concedimus; sed fide ad mutuam obligationem relatâ, ut fit, non agnoscimus, hanc revocationem esse contra fidem *datam*, qua nemo promissorem habuit obstrictum. Sed Grotius, intermedio tempore duntaxat, promissorem non facere contra jus alicujus proprium statuit; post ratihabitionem jus promissarii perfectum esse intelligit. Verum ex iis quæ à nobis allata sunt, ita liquet: Ex promissione transitoriâ non acceptata ab eo cui promissum est, non nasci jus acceptandi deinde, si promissor in eodem proposito non duraverit. Denique, Grotius ita demum promissorem non facere contra jus alicujus proprium, velle videtur; si acceptans promissionem injussu ejus, ad quem pertinet, remiserit: quod tamen illum facere non posse statuit. Quid si fecerit tamen? Promissorem, ni solvat, fallere fidem docet; Promissarius tamen petere non poterit, quia non habuit jus proprium, remissione per acceptantem factâ, priusquam ipse approbasset acceptationem. Sed acceptans qui remisit promissionem ab altero necdum ratam habitam, & remisit cum non posset, quânam actione tenebitur alteri, quem spectavit promissio, si mandatum non habuerit, ut non habuisse, ponitur *hic* à Grotio? Non potest ulla dari species actionis, de eo quod ipso ignorante, ab alio gestum est: Ac ita caret hæc Grotii sententia effectu forensi, quem tamen obligatio naturalis pro hypothesi juris naturæ habere debet. Denique, si negem acceptantem habere jus remittendi promissionem Tertio, contra negantem tamen Grotium, habebo rationem. Nam remittere non potest, qui nihil contraxit, qui alium sibi non habet obstrictum, ut certe non habet eum, qui sibi non promisit. Attamen, quod Grotius indicat, acceptantem non posse remittere promissionem, propter jus Tertii, pro quo acceptavit, sine mandato, nihil juris habet in hominem liberum acceptantem in suum quidem nomen, sed ignorantis, & multo minus in promissorem, quem acceptando sibi non adstrinxit. In hoc definit disputatio, Romanos in hoc negotio divisisse rationem honestatis probabilem, à jure alii in alium perfecte acquisito: Hoc in acceptatione pro alio factâ deficere; prius illud ad obligationem & actionem non sufficere bene judicarunt.

7. Cæterum, quia stipulatio alii facta, non est turpis aut injusta; sed irrita duntaxat effectu; Qui numeravit alicui pecuniam, ut eandem rursus Tertio stipularetur, effectu carente stipulatione, potest condicere pecuniam, causâ datâ causâ non sequutâ. Cum in hoc negotio fuerint duo contractus, unus innominatus, Do, ut tu des alii. Et stipulatio alii facta. Dum hæc fit inutilis, prior tamen quominus maneat, nihil obstat: Utile enim per inutile non vitiatur.

Ul-

Ulpianus lib. XXVI. ad Edict.

1. Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego cum non haberem, Lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, & nummis utereris. Si vendideris, puto, pecuniam mutuo factam: Quod si lancem vel massam, sine tuâ culpâ perdideris, antequam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Nervæ destinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, nec ne: Ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum, si alii dedissem vendendam l. 11. d. Reb. cred.

1. Diu nobis quies fuit à Bernardo Autumno, Censore Juris professo, qui librum XI. non attigit. Pervenimus ad tertiam, scilicet, Pandectarum partem. Hanc incipit ille rursus ab insectatione Nervæ & Ulpiani, in hoc loco. Cujus censuræ meritum ut videamus, placet, ob nativam & perspicuam narrationis simplicitatem, addere speciem facti, ex Accursio; quod cur ubique non fecerimus, aut acturi simus, ratio non est obscura; quia non est hujus instituti totos exponere Textus, aut in eos scribere Commentarios integros, sed excerpere, quod in philosophiam civilem aut divinam vel Historicam impingere videtur in Jurisprudentiâ, quo hæc intelligatur rectè, & si potis est fieri, à Censuris aliorum vindicetur. Laudatus ita narrat Accursius. CASUS inquit. *Eram amicus tuus; transactis nundinis, venisti ad me, & dixisti; certè male negotiatus sum in his nundinis, & ideo non possum satisfacere creditoribus. Rogo igitur, ut mihi centum scuta mutuo des. Ego respondi tibi: Certe ego sum in eâ causâ, quâ tu es, qui etiam malas nundinas habui, & pecuniâ careo: Tamen, ne credas, me tibi nolle subvenire, habeo hic scutellam vel scyphum; Cetera dic, ut in textu,* inquit. Amicus scutellam eâ lege, ut pecuniam ex ejus venditione redactam, mutuam haberet, accepit; acceptam, sine culpâ suâ, perdidit. Utrius damnum sit, Quæritur: Distinguunt Nerva & Ulpianus ita, ut in textu.

7. *Autumnus; Scrupulosa & futilis, inquit, mihi videtur hæc distinctio.* Nec rationibus in speciem validis Censor destituitur. Primo enim Ulpianus ipse in *l. 4. fin. pr. h. t. Qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit,* ait. Quæ est hæc ipsa facti species. Sed noli credere, Ulpianum sui ipsius tam celeriter esse oblitum. Regulam esse puta; quod res hoc casu fit ejus, qui vendendam accepit, periculo; sub hac exceptione; nisi Creditor jam ante consilium ceperit, eandem rem per quemlibet alium vendendam curandi, ut in *h. l.* Tunc enim non est æquum, ut melior sit ejus conditio, occasione subveniendi amico, quam alioqui fuisset, ubi ille mutuum non rogasset; Beneficium amico exhibitum non debet ei causam lucri suppeditare: sine alio interveniente facto accipientis. Si quid arguendum sit in Nervæ sententiâ, nescio, an exceptionem quis per modum distinctionis propositam, minus probare possit; etsi hoc quidem nimis subtile Censuræ genus foret. Aliud solidius subesse non videtur.

8. Autumnus instat; Distinctioni non esse locum, quia Creditor omni mo-

do in hac specie facti habet animum vendendi lancem; *si vendere noluisset, alteri, ut eam venderet, non dedisset*, inquit. Est captio; Quis enim longè aliud esse non videt, quod, ut amico subveniret, induit voluntatem vendendi; quam si antea lancem vendere constituisset; Alia est objectio *ex l.* 5. §. *si me* 13. *Commodat.* ubi; *si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem, & servus lancem perdiderit, Cartilius ait, periculum ad te respicere.* Sed à separatis male infertur. Idem textus indicat, culpam in ea re commodatario esse imputandam, quod servo negligenti lancem commodaverit. Hic autem omnem abesse culpam, Nerva vult & ponit Ulpianus expressè. Utitur etiam Autumnus Africani auctoritate, qui scribit in *l. Qui negotia D. Mandati.* Eum qui mutuam pecuniam dare vellet, si argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum, & tamen pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore, qui accepisset argentum. Melius Africanum opposuisset Ulpiano, in præcipua hujus textus quæstione; rectene pecunia ex lance redacta statuatur esse mutua (quod cum antinomici instituti sit, à nobis hic alienum est) quam in quæsito de periculo lancis, non pecuniæ. Africanus pecuniam ex argento vendito redactam dicit esse periculo debitoris. Nerva & Ulpianus, de lance quæ periit, antequam pecunia inde redigeretur, agunt, quæ satis diversæ res sunt & diversis rationibus constant. Quod postremo subjungit Autumnus, nollem ab homine pragmatico dictum. *Nec me movet*, inquit, *Nervæ ratio, venalem habuisse, cum dedit lancem; mutarat forte voluntatem, neque potest dici in eadem sententiâ permansisse. Periculosum est, damnare aliquem ex præsumta voluntate.* Calumniæ manifestus hic est Autumnus. Quod imputat Ulpiano & Nervæ, id ipse committit. Jurisconsulti fixum ponunt membrum distinctionis, quod is, qui lancem dedit, Eam venalem habuerit. Autumnus mutatam forte voluntatem fuisse, cavillatur, absque ullo facti vestigio. Plane quod de facto supponunt Juris Consulti in suis responsis, hoc nisi pro certo & probato nec immutato habendum esse ponamus, nullis eorum responsis in universum fidere liceret. Nihil adeò profertur, quamobrem hic locus Censuram, etsi Groenewegio quoque laudatam, mereatur.

Ulpianus lib. XXVI. ad Edict.

Nam etsi fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit; sed consumptis eis, nascitur condictio. Unde Papinianus Lib. VIII. *Quæstionum, ait, si alienos nummos tibi mutuo dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris l.* 13. *d. Reb. cred.*

1. Mutuum quod ab initio non constitit, eo quod ex meo Tuum non fit factum, ex post facto consumptionis, acquirit vires; ut is, qui consumpsit, quia dominium ita subegit, condictione teneatur, quod jam docuit Imperator *ad* §. *ult. Inst. Quib. alien. lic.* Hoc usu venit in fure, qui pecuniam furtivam mutuo dans, non fecit illam accipientis, ideoque Mutuum non consistit nec condictio datur, nisi post consumptionem *h. l.* 13. Verba Autumni Censoris à Groe-

Groenewegio Censore descripta; *Sententiam Ulpiani non puto veram*, inquit, Nam Imperatores Diocletianus & Maximianus rescripserunt Pactumejæ; *Non unde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, sed qui contraxit, si us propriam numeravit, in hujusmodi obligationibus requiritur l. 7. C. Si cert. pet.* Quam Constitutionem servari oportere, tam juris, quam ipsius rei æquitas postulat. Hæc Autumnus. Vult igitur, furi de pecuniâ furtiva mutuo data in continenti actionem dari. Sed bene habet Ulpiani ratio; Pecuniam à fure mutuo datam non fieri accipientis, sed eandem in specie à vero domino deprehensam vindicari posse, quo nihil est certius. At consumpta pecunia, cum vindicari non possit, dominus qui fuit, actionem nonnisi contra furem habet; hic autem è mutuo condictionem adversus accipientem. In quâ personali actione jam non spectatur, unde pecunia venerit; sed numeratio & consumptio dant ei qui contraxit, actionem, adversus eum qui accepit mutuum; ac ita ratione condictionis optime conveniunt Ulpianus, & Diocletianus cum suo Collegâ: Nam de vindicatione non negant Cæsares, illam vero Domino competere, donec vindicandi pecuniam termini habiles supersunt, id est, antequam nummi sint consumpti, quod est conveniens doctrinæ notissimæ in *d. §. ult. Inst. Quib. alien. lic.*

Ulpianus Lib. xxix. ad Edictum.

Si filius familias contra Senatus Consultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur: Sed si consumpti sunt nummi à Creditore, Marcellus ait, cessare condictionem; quoniam toties condictio datur, quoties ex eâ causâ numerati sunt, ex quâ actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset; in proposito autem non esse l. 14. d. Reb. Cred.

Bimembris hic textus est, & duplex ad eum Censura extat. Prima quod Ulpianus ait, pecuniam à filiofamilias mutuo sumptam, & creditori ipsius solutam à Patre vindicari posse; quod iniquum merito censere videtur Autumnus; Cum enim filius familias obligari possit, æque ac Paterfamilias, *l. 39. d. O. & Act.* nec solverit de pecuniâ Patris, sed de mutuatâ, quæ nihil ad Patrem pertinebat, & de quâ Pater ne quidem de peculio, datâ quippe contra Senatus Cultum, tenebatur, quid est in causâ, quod Pater illam pecuniam creditori, in solutum datam, ut suam, quæ aliunde profecta est, auferre potest? Accursius & Vivianus tenent, Filiumfam. mutuatum quidem esse pecuniam, sed hanc non solvisse creditori, verum aliam Patris propriam, quæ proinde ab hoc merito vindicari possit. At hoc cum ratione, ni fallor, Autumno displicet, & est contra literam textus, quæ unâ manu filiumfam. pecuniam mutuatum & solvisse Creditori adfirmat. Ergo dicendum, quia filiusfam. quicquid acquirit extra peculium castrense, Patri acquirit §. 1. *Inst. per quas person. cuiq. acquir.* & pecunia mutuo data transit in dominium accipientis, *§. ult. eod.* incontinenti pecuniam mutuo datam filiofam. Patris esse factam; cujus dominium filii facto, Patri adimi non potuit: Unde vindicandi jus, dum extat pecunia. Quod sane de apicibus Juris

est, ut Pater ita pecuniam filiofamilias mutuo datam lucrifaciat: nec enim creditor actionem habet ad repetendum, ut videtur, contra Senatus Consultum. Est tamen ita; sibique, agentes contra Legem, habeant quod imputent. Quæ ratio sufficere videtur ad Eunomiam & publicæ vigorem disciplinæ vindicandum: sed an Patris animo addat securitatem conscientiæ, ut pecuniam, ad cujus sementem nihil contulit, ita metat, dubitare licet; pendebit autem ex eo, quod *inferius* ad SCti Macedoniani æquitatem & effectum observabimus.

2. Quod autem Marcelli sententiam de condictione negatâ post consumptionem æquè reprobat Autumnus, non habet rationem. Quippe de vindicatione pecuniæ extantis nihil dixit Marcellus; bonâ fide consumptæ dari condictionem, jure negat, idque jam exemplum subtilitati juris, quod est à Patria potestate, oppositum, simplicissimæ æquitati tam consentaneum est, quam vindicatio Patris inexpectata fuit. Argumentum Marcelli non est tamen simplex, sed involutum & acutum, quod ita evolvit Accursius, ut aliquanto, ni fallor, obscurius maneat. An hoc modo sit clarius, autumet lector *attentus*. Condictio è consumptione tunc habet locum, cum ab initio dominium non est translatum; modo talis causa sit, è quâ incontinenti actio, si dominium statim fuisset translatum, competiisset; veluti, quando pupillus & non dominus mutuum dederunt: Tunc enim dominium quidem non transit; At si transiret, statim condictio daretur *l.* 11. *in fin. & seqq. h. tit.* Ergo datur etiam condictio post consumtionem, quæ in hypothesi ab initio non datur, quia non factum fuit è meo tuum. Sed quando talis est causa, è quâ non dominium statim fuisset translatum, ex eâ quoque sine dubio non datur condictio è consumptione. Quod applica; Si pecunia, quam filiusfamilias aliunde mutuo acceptam dedit Creditori suo, incontinenti facta fuisset creditoris propria, Pater eam condicere non potuisset; Ergo nec è consumptione potest habere condictionem. Hæc Marcellus confertius, & acutius, unâ positione, quæ in plures resolvitur, perstrinxit, & ex ipso Ulpianus.

3. Rursus idem Ulpianus in *l.* 9. §. 1. *ad SC. Macedon. ex eodem libro* 26. *ad Edictum*, refert contrariam Juliani sententiam (à quo Marcellum dissentire solitum fuisse, ne parva quidem rimâ prætерita, si quam offenderet in Juliano, in quâ non figeret aculeum, observat Cujacius 14. *Obs.* 35. & alii quos inter D. Wissemb. *ad h. t. th.* 9. adeo, ut alii auctores, cum quid certissimum esse, significare volunt, & Julianum id dicant scribere, & verissimum esse, cum & Marcellus consentiat in *l.* 27. §. 3. *ad L. Aquil. l.* 2. *in fin. d. Nox. act.*) Juliani hac de re sententiam Ulpianus in *d. l.* 9. §. 1. ita refert; *Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare, vel repetere possit: & ait Julianus; Si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri à donatore profectam protinus ad creditorem, & fieri nummos accipientis: Si verò simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse; & ideo, si solverit, condictionem Patri ex omni eventu competere.* Atqui secundum Marcelli rationem neganda foret Patri condictio, quæ hic etiam consumptionis non ab initio sed ex postfacto intelligitur. Quia si de pecuniâ extante ageretur, Pater eam vindicare posset. Talis autem hic est causa, è quâ si dominium statim ad accipientem

tran-

transiisset, actio ad pecuniam repetendam non fuisset; Si, inquam, pecunia filio donata & creditori soluta, in hujus dominium transiisset, repeti à Patre non potuisset, quia quod Creditor in solutum accepit, ita ut dominus nummorum factus fuerit, id utique reddere non teneretur; Proinde ne quidem è consumptione, ut est Marcelli argumentum, nasceretur condictio, quam tamen nasci Julianus adfirmat. Antinomiam esse Cujacius adserit; nec Autumnus, qui hos textus inter se committit, dubitat. Si nihil quam Juliani & Marcelli dissensio in conspectum veniret, poterat transmitti & æmulationi illorum imputari. Sed ut Ulpianus in eodem libro contrarias illorum sententias, ne de Triboniano dicam, qui illas Pandectis inseruit, sequutus sit, dictu non minus incommodum est, quam si quis ita putet, utriusque Juris Consulti sententias referri tantum, non sanciri: Merito enim hoc genus conciliandi reprehenditur; si nihil ex quo diversa colligi possit conclusio, addatur, ut hic non fit.

4. Sæpe diximus, antinomias conciliare non esse Eunomiæ nostræ: sed hic ad exegesin rei propositæ pertinet. Dicam, nihil inter hos textus interesse, quam Marcelli argumentum in *d. l.* 14. *h. t.* forte non esse perpetuum; Species facti & rationes dandæ vel negandæ condictionis satis evidenter discrepant. In *l.* 14. filiusfamilias Creditori suo, patre ignaro, soluturus accepit pecuniam mutuo. Qui dedit eam, nihil minus cogitavit, quam ut Pater eam lucrifaceret. Conversâ in solutionem pecuniâ & consumptâ, nihil Patri favet ad condicendum; non æquitas, omnino illi adversa, ne quidem strictum jus, quia pecunia nihil ad ipsum pertinuit. Sola subtilitas juris quam diximus, tribuit vindicationem, si pecuniam in specie deprehendat, quæ subtilitatis ratio post consumptionem cessat. Haud procul à dolo malo abesse videtur Pater, qui Senatus Consulto in tantum abutitur, ut pecuniæ à filio suo mutuo acceptæ, insidietur, eamque lucrifacere studeat. Aliter se res habet in pecuniâ filio familias donatâ, quæ Patri optimo jure patriæ potestatis acquiritur, idque donator ut scivit, ita voluisse videtur, nisi aliud expresserit. Hanc igitur pecuniam Patri filius intervertere non potest; Ideoque sicut extantem vindicare potest, ita quominus consumptam condicat, nulla juris aut æquitatis ratio prohibet, sed imperat omnino. Inter ipsas igitur species facti & decisiones aperta discrepantia est. Ideoque nulla hactenus Antinomia. Argumento autem Marcelli, quod est in *l.* 14. Julianus non utitur in *l.* 9. §. 1. Proinde nec ea parte contrarietas imputari potest. Hoc igitur solummodo colligitur ex harum legum collatione; Argumentum Marcelli ex iis esse quæ sæpe, non semper obtinent: saltem non valere semper in contrarium sensum: verum sit hoc; *Condictio ex consumptione non datur ei qui pecuniam petere non potuisset, si Dominium ejus statim in accipientem fuisset translatum.* Attamen non est necessario vera positio inversa; condictio ex consumptione semper ei datur qui pecuniam petere potuisset, si dominium statim in accipientem transiisset. Potest enim fieri, ut res aliter se habeat; ex singulari æquitate facti, ut in præsenti exemplo. Donatam filio pecuniam & ab hoc creditori solutam, pater repetere non potuisset, si dominium ejus statim in creditorem transiisset. Et tamen potest eam condicere, quia filius illam in Patris fraudem alienare non potuit. Aliud exemplum, quo fallit argumentum Marcelli, videbimus

bimus ad finem Censuræ sequentis. Quarum Legum positiones non pugnant, inter has Antinomia statui non debet, quia species & decisiones earum non bene congruunt. Non opus est igitur Ulpianum & Tribonianum insimulare, quod Juliani & Marcelli dissensionem haud animadverterint, quæ magis est, ut hac parte nulla fuerit: Etsi Cujacio de antinomiâ Faber adsentitur *in Rational.* Ego quod adsequi potui, dixi.

Ulpianus Lib. XII. Disputation.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum aliâ opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti l. 18. *d. Reb. Cred.*

1. Bimembris locus duplicem quoque Censuram experitur. Prima, quod Ulpianus hic nimis argute contra sensum communem, negat transire dominium, ubi dominus rem tradit, cum intentione alienandi, & alius simili cum animo rem eandem sciens accipit. Quam communem sequutus rationem Julianus, maximæ sui temporis JurisConsultus auctoritatis, ita scribit in *lib.* 13. *Digest. Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio. Veluti, si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam; tu existimes, ex stipulatione tibi eum deberi. Nam & si pecuniam numeratam tibi tradam, donandi gratiâ, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire: nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus l.* 36. *d. A. R. D.* Thesin primo collocat Julianus: Dissensio in causa, id est, titulo dominii, non impedit ejus translationem, si animus alienandi mutuus in eandem rem concurrat. Exemplum profert, de quo forte consultus erat, & de quo dubitatum fuerat. Decisio petita est à simili exemplo, quod sit extra dubium, usuque receptum, ut indicat voce CONSTAT, ac est idem, de quo in hoc textu Ulpianus tamen contrarium statuit. De facto equidem credendum videtur, Juliano, ipsius tempore; nam vetustior est Ulpiano; fuisse ita receptum in foro, quod dominium hoc casu transiret. At ex ratione Juris, Ulpianus contra sentit, neque tam malè, ut Censuram mereatur, etsi pro Juliano prolixe disputat Faber *hic.* Nec enim ratio patitur, ut sine acceptatione quicquam juris è Contractu in alium transeat; & specialiter de donatione constat, eam non valere, nec jus in alium transferre, nisi per & post acceptationem, quæ per factum vel stipulationem committitur *l.* 10. *d. Donat. l.* 35. §. *ult. C. eod.* Quando igitur donationem factam alter non acceptavit, donatarius etiam non fit dominus rei donatæ. *l.* 6. *de Donation.* Atqui in hoc casu Donatio non est acceptata, proinde nec dominium transferri potuit. Accepta est pecunia quasi Mutua; sed nec mutuarius aliter esse potest, quam mutuo consensu, dantis æque ac accipientis; Atqui dator hic non consensit in mutuum, Proinde nec ita potuit acquiri dominium: adeoque

que plane non. Julianus acquisitionem dominii abstrahit à causis acquirendi, quod ratio non patitur, ut effectus sine causâ ponatur. Sit hoc populare, non est juridicum, ut Ulpiano visum, qui hoc disputando facile sustineat. Nec forte Julianus id præfracte contendat, si recte putarunt, quos ego *sequutus* sum, *in parte* 2. *Digress. lib.* 2. *c.* 6. Legem XVIII. ita accipiendam, ut partes de causâ mutui, an donationis peremptoriè dissenserint. In l. XXXVI, dissensum fuisse generosum magis, quam inreconciliabilem; pecuniâ mutuo petitâ ab amico, ut mutuum est contractus beneficus, illum dedisse velut donatam; hunc ut Mutuam accepisse; non tamen adeo valide abhorrentem à liberalitate amici, ut hanc nuullo modo, cum alter ita prætendat, admissurus sit. Hac tacitâ συγχωρήσει intellectâ, ne quidem Ulpianus, dominium transire negaverit. Dissensione peremptoria partium manente, nec Julianus, credo, translationem dominii juridicam esse contendisset. Sic Antinomia desinere possit in Eunomiam satis, ut videtur, popularem.

2. Altera Censuræ pars est in hanc sententiam; Rogavi à te pecuniam mutuo, Tu mihi donasti, quantum petii. Ego consumpsi. Dein tu repetis pecuniam quasi mutuo datam. Ego excipio, Tu dolo facis, qui professus te donare, jam repetis, ut mutuum. Replicas; Verum est, me donationis titulo usum, sed tu non acceptasti ut donatum, Accepisti ut mutuum, Beneficium non datur invito. Redde igitur, ut mutuum, quod ut donatum habere noluisti. Ulpianus ait, doli exceptionem competere & prodesse debitori, in *hac l.* 18. Adversus hanc Censuræ partem Autumnus & laudatores ejus, ita existimant; Condictionem pecuniæ donatori cum effectu esse dandam, nullâ exceptione donatarii, quam dat Ulpianus, admissâ; quia donatio nulla fuit, utpote non acceptata. Sic est quidem, ac ideo datur ipso jure condictio pecuniæ. *h. l.* 18. sed hoc tamen non mutat animum donandi, quem penes Creditorem fuisse tempore traditionis intelleximus. Proinde, non habet ipse querendi causam, quod pecunia consumpta non restituitur. Quin restitui volens consumptum, quod donatum voluit ipse, dolo carere non videtur; cujus ideo pati debet exceptionem. Tu dices, Donatio non acceptata potest revocari, sine fraude, quia perfecta non est, *per rationes & textus superiores*. Cur igitur revocanti & repetenti pecuniam, doli mali obstet exceptio? Dic; Vel, quia non dicitur hic, revocatam esse donandi declarationem, ideoque adhuc ab accipiente potuisse acceptari: vel re integrâ, non post consumptionem, faciendam fuisse revocationem; denique, eum qui pecuniam accepit, induxisse animum deinceps, ut & donatam sibi vellet, ac ita consumpserit, voluntati dantis convenienter & obsequenter.

3. Sed est alia ratio, per quam non dari omnino condictionem ex consumptione, donanti, vel, qui donare se dixit, adstrui potest: Argumentum Marcelli in *l.* 14. *h. t.*; Condictio non datur ex consumptione, quando non daretur actio, si dominium statim fuisset translatum. At hic, si dominium ex donatione statim fuisset translatum, non daretur actio. Ergo nec dominio non translato, competit danti Condictio. *Antonius Faber* hoc syllogismo subactus, condictionem hujus loci non putat esse condictionem Certi, sed condictionem

sine causâ. Cui obstat argumentum Rubri ad Nigrum; In hoc titulo agi de Condictione Certi, ut habet Rubrica; quam proinde per condictionem simpliciter dictam intelligi oportet. Præter quod Marcellus æque de Condictione simpliciter dictâ loquitur, quàm hic Ulpianus. Videndum, an non ita sit dicendum; Marcelli Regulam cæteris Juris Consultis ex earum numero esse visam, quæ sæpe, non semper obtinent, ut nos etiam *ad d.l.* 14. observavimus. Si quis tamen ad condictionem sine causâ magis inclinet, aliena non est à natura negotii. Denique, Censuræ causam non sine causâ amoliri posse videmur.

Julianus Lib. XVIII. Digestor.

Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi, in hujusmodi positionibus non propriis verbis nos uti. Nam talem pecuniam neque donationem esse, neque pecuniam creditam. Donationem non esse, quia non eâ mente daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non esse, quia exsolvendi causâ magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam. Magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: benignius tamen est, utrumque valere l. 20. d. Reb. Cred.

1. Difficilius erit, hunc Juliani locum tueri adversus Censuram Antonii Fabri, quam superiorem Ulpiani defendimus, & cum Julisno conciliare visi sumus. At heic loci quomodo adhuc est, nihil habeo ad Eunomiæ nostræ vindicias, quàm ultima verba, quibus ipsa Juliani sententia improbatur & rejicitur: ed omnino persuasus sum, esse verum, quod Faber existimat, ne semper & ex instituto ab ejus conjecturis & Rationalibus discrepare videamur, illa verba non esse Juliani, à quo nonnisi ineptissimè subjici potuissent disputationi & decisioni tam πραγματικῶς ab se collocatæ. Subjecta sunt igitur à Triboniano, quod malo, quam à librariis Florentino libro antiquioribus. Adjecit autem, ne repugnaret hic locus sententiæ Hermogeniani. *Eâ lege*, scribit is; *donationis causâ, pecuniâ Titio numeratâ, ut statim donatori mutuo detur, non impeditur translatio, ac propterea iisdem nummis donatori creditis, novum dominium in his quæritur l. 33. §. 1. d. Donat.* Specialiter autem Julianum notat Marcellus ejus æmulus in *l. 67. d. Solut.* Ubi propositâ non absimili specie, subjicit; *Etsi hoc male à quibusdam in dubitationem deducatur; quod non possit videri, is qui ita accepit, ut ei, à quo accepit, retro reddat, solvisse potius quam decessisse*; vel potius *dedisse*, ut habuit vulgata; *reddidisse*, Faber; *Accepisse* Haloander. Nam *dedisse* Contii minus convenit. Tu videsis, an *decessisse* Florentinum retineri possit, eo sensu, quo decedere possessione, aut aliâ quâ re dicimur, nullo jure retento; quemadmodum decedere sumitur cum passim, tum in *l. 1. Si ventr. nom. l. 1. §. ult. Quib. ex caus. in poss.* ut sensus sit, eum, qui pecuniam sibi donatam, ut eandem mutuo redderet, accepit, reddendo, non facere creditam; sed nihil agere, quam ut *decedat* pecuniâ; quod volebat Julianus; Sed absque ratione, ut Marcellus & Hermogenianus recte putarunt. Quid enim incivile est

est in hac specie? Volo tibi donare pecuniam, quâ tamen ut nunc est, carere non possum. Dono tibi tamen, & instrumentum donationis tantæ pecuniæ trado; sed hoc pacto seorsim inito; ut nummos ita jam tuos factos mihi reddas mutuo, & usuras ejus à me percipias. Ne Argutia quidem ipsa quicquam in in eo, quominus id fieri possit, redarguere possit. Non defendimus igitur Julianum; sed Eunomia bene habet, & per textus oppositos jam exhibitos, & per clausulam in hac ipsâ L. Tribonianeam, quæ facit etiam, ne sit Antinomia inter *d. l.* 33. §. 1. *& bene l.* 20. secus ac alii volunt. Instare quidem aliquis possit; non fuisse Triboniano faciendum, ut Juliani sententiam copiose expositam Pandectis duntaxàt insereret, ut mox eandem obelo confoderet; quod si verum est; tamen est verius, in Arte magna ad extremam Censuræ lineam non esse progrediendum.

Julianus Lib. XLIII. Digestor.

Quidam existimarunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere & reliqua persequi. Sed in utrâque causa humanius facturus videtur, si actorem compulerit ad id, quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat, lites dirimere l. 21. d. Reb. Cred.

1. Negat hoc convenire moribus hodiernis & Æquitati *Autumnus*, cum mores ad æquitatem maxime sint facti; Etsi rursus mirum videri possit humanitatem Prætoriam, & litium finiendarum hodie displicere favorem. Sed quid hoc ad minuendas lites faciat, non immerito Censor aliquis acutior requiret; cum ob partem debiti, æque molesta, diuturna, sumtuosa lis sit, quam ob totum. Unde, si cui de toto debito agenti pars offeratur, & oblatio acceptetur, ut hic locus præcipit, attamen lis eodem modo, quo cœpta fuit, procedit: ut quam finiendæ litis vim hæc oblatio particularis obtineat, non admodum liquere videatur, nec adeo coactionis illius Prætoriæ usum & effectum in Foro, ubi Jura digeruntur, observare licuit: Quod autem usum non habet jus, id non est viri prudentis inculcare. Et quidem, ob hanc causam Antonius Faber hoc temperamentum putat esse à Triboniano cum hic, tum in Ration. *ad l.* 27. §. 5. d. *Pact.* Quod si verum esset, ut ipse aliunde non persuadet, & eo, facilius negatur quod non probatur, hæc tamen observatio & objectio maneret eadem. Enimvero, si unum sit debitum, idemque totius causæ meritum, quid compendii fit, in hac oblatione particulari, ego non magis, quam Autumnus aut Faber sciunt, dixerim: Incommodum vero Creditoris, è solutione particulari ob oculos est *l.* 3. *ff. Famil. ercisc.* Plane, si plura sint debita, res habet usum; Facilius enim finitur lis una de re, quam de pluribus: Et forte non erit hoc spernendum; accepta parte debiti propius absunt partes à Transactione, quæ habet favorem litium finiendarum. Rursus usu veniet rogari; Si Creditor nolit accipere partem debiti oblatam, quâ ratione Prætor eum coget, cum ad factum nemo cogi posse dicatur ex *l.* 13. *in fin. d. Re judic. l.* 68. *l.* 81. *l.* 113. §. *ult. d. V. O.*? nec id unquam videre mihi contigit in Foro. Dicendum, non esse coactionem hanc absolutam,

tam, ut si nolit accipere creditor quod tanquam liquidum offertur, pecunia deinceps ejus periculo sit, secundum *l. 72. in pr. d. Solution.* Hæc usum habent.

Ulpianus Lib. x. ad Edictum:

Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt. Alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non Civitas tenebuntur l. 27. Reb. Cred.

1. Magnitudine bellorum, quæ geruntur hoc seculo, dissolutione Regiminis, & eorum qui Ærario præsunt negligentia, ne quid amplius dicam, vel quacunque ratione fieri videmus, ut his maxime temporibus Civitates & Respublicæ immenso ære alieno sint gravatæ; Cujus actiones & obligationes in liquidissimo habentur patrimonio, & nihil crebrius aut expeditius est in commercio, quam Actiones & obligationes in Respublicas & Civitates. Quod si verum sit, quod hic locus præ se fert, ex ejusmodi obligationibus actionem non dari, contra ipsas Civitates; nisi à parte Actoris probetur, pecuniam in rem civitatis communem esse versam, vix unius assis fuerint, obligationes centenorum & amplius aureorum. Quo pacto enim creditores privati homines scire possent, an pecuniæ Rebus publicis mutuo datæ, in utilitatem publicam versæ fuerint? cum ipsi rebus Civitatis non præsint, nec id jus, prorogando pecunias mutuo, adipiscantur, ut legem dicere vel rationes exigere possint à Rectoribus Civitatis, quomodo illi pecuniam creditam administrent, vel cui rei impendant; cujusmodi curiositas etiam in privatis ferenda non sit *arg. l. 19. in fin. d. Novat.* Habebat quis servum merci oleariæ præpositum Arelatæ: eundem & mutuis pecuniis accipiendis. Acceperat mutuam pecuniam; putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione; probare non potuit, mercis gratiâ eum accepisse. Licet consumpta est actio, tamen Julianus utilem competere, ait, *l. 13. in pr. d. Instit. act.* Idem Africanus in *l. ult. d. Exercit. act.* prudenter addens, non oportere Creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendæ navis curam suscipiat; ideoque dandam esse actionem, etsi probare non possit, pecuniam in refectionem navis esse consumtam, quod magister navis præ se tulerat. Si hæc in iis, qui privatorum administratoribus crediderunt, obtineant, quanto magis in his, qui Civitatibus crediderunt, locum habere debent? non modo, quia Civitates privatorum loco habentur, *l. 16. in fin. d. V. S.* sed etiam, quia Creditor Civitatis adversus hanc difficilius urgere potest, ut ipse rebus administrandis intersit publicæque rei curam suscipiat, ut probationi causæ suæ invigilet, quam id in privatis fieri possit. Ac ideo satis inauditum est moribus horum temporum, ut ejusmodi probatio à Creditoribus Civitatum exigatur: Et si exigeretur, nihil est certius, quam Civitates à nemine pecuniam mutuo esse impetraturas. Hæc, quam male consultum sit eâ parte, Jure Romano & Ulpiani hoc loco sententiâ, abunde significant. Danda est opera, ne tam paradoxa Juri Romano hæreat nota, si potest removeri.

2. Inquiremus primo, in casus, quibus hæc positio adfinis, applicari tamen non potest, ut remotis casibus huc non pertinentibus, absurditas tollatur aut

Co-

coarctetur, Non desunt, ait Faber *ad hunc loc. qui putant, sufficere ad obligandam Civitatem simpliciter*, sine tali onere probationis, *ut per eos sit accepta pecunia, qui Civitatem repræsentant, id est, qui sunt legitimi Civitatis administratores*: Sed hæc limitatio displicet Fabro; *Quasi hæc lex*, inquit, *restringenda sit ad casum, quo Civitatis nomine, mutuam pecuniam is acceperit, qui accipiendi jus nullum habuit, hoc est, qui Civitatis administrator non fuit.* Sed mihi certum est, non vidisse Fabrum, quid Zasius, qui sic docet, per REPRÆSENTANT, intelligat. Potest ea vox hoc loco bifariam accipi: Primo, quando Administratores Civitatem ita repræsentant, ut quicquid hi fecerint, hoc Civitas ipsa fecisse videatur; cujusmodi Repræsentatio non nisi in Civitate libera, quæ Summum à Civibus in se delatum habet Imperium, reperitur, quemadmodum à nobis demonstratum est in *lib.* 1. *de Jur. Civit. sect.* 2. & qualis in Civitatibus, quæ membra sunt majoris Imperii, de quibus hic locus sine dubio loquitur, non existit, ut probavimus in *lib.* 2. *d. Tract. sect.* 3. *cap.* 6. Ac ideo hæc significatio ad hunc locum primo quidem adspectu non pertinet: Infra tamen usu veniet. Secunda species Repræsentationis est, quâ Rectores Civitatis habent omne jus regiminis, quod Summa Potestas iis, regendæ Civitati concessit. *d. cap.* 6. Prior repræsentatio est independenter; Posterior à summâ potestate Reipubl. dependet: Talis à Zasio intellecta, bene & rectè huic loco applicetur: si tales pecuniam acceperint mutuo, in tali casu, quo illis à summâ potestate permissum est obligare civitatem, cum hactenus civitatem repræsentent; idem juris esse oportet, quod si privatus contraxerit, est, ut teneatur civitas ex eo solo quod Rectores cotraxerunt, etsi non probetur in rem versum. Si Administratores rei pecuniariæ, Quæstores, etiam pecuniis mutuò accipiendis præpositi, quales plerumque dari constat in Rebuspublicis, mutuum sumserint, absque speciali mandato, in his locum habebit hujus loci sententia, nec in iis valebit exceptio Fabri, quod tales à Quæstione de creditis pro civitate pecuniis, omnino sint alieni: nec ullum jus mutuum sumendi habeant; cum in eodem statu juris hac parte videantur, quo sunt hi, qui à privatis quibusdam suis rebus præpositi sunt administrandis, de quibus agunt textus supradicti. Sit igitur hoc primum sententiæ hujus legis præmunimentum; Qui totum habent regimen Civitatis, ut hanc ipsam dependenter à Superiori Potestate repræsentent, hi jus habent pro Civitate mutuam sumendi pecuniam, & Civitas tenebitur Creditoribus, etsi non probent, versas esse pecunias in utilitatem communem; quod pro jure factoque eorum qui habent omne regimen Civitatis, præsumendum est; Si vero Administratores, qui non habent omne regimen Civitatis utcunque à summâ potestate dependens, acceperint mutuum; Civitatem non aliter obligari dicendum est, quàm, si probetur in rem ejus versam esse pecuniam, ut est in hac *l.* 27. ut nec opus sit hanc legem de aliis, quam de ejusmodi administratoribus rei pecuniariæ Civitatis interpretari.

2. Sequitur alia Positionis, quæ est in hac L. limitatio; Quoties ipsa Civitas mandatum speciale suis Administratoribus, qui non habent omne regimen Civitatis, impertitur, accipiendi pecuniam mutuo, obligatur absolute, neque tenetur ad probandum de in rem Verso Creditor; quia perinde

 est

est ac si ipsa pecuniam immediate mutuo sumpsisset, ut è textibus suprà citatis, & tota Mandati natura patet, exemploque rei judicatæ firmat Sandius in *lib.* 3. *Decis. tit.* 2. *def.* 3. Quod si absque mandato speciali, ab his qui non habent summum Civitatis regimen sed patrimonio tantum publico præsunt, Mutuum sit contractum, ex eo non dari Creditoribus actionem, nisi sub lege probandi in Rem versum, nonnisi summâ ratione statuitur. Verum an ex hujusmodi contractu Civitas quâ talis & quatenus patrimonium publicum ferat, duntaxat teneatur, est alia quæstio, de quâ spisse actum in *Prælect. ad h. tit. n.* 10. hac summâ, quod cives ad contributionem de suo peculiari, ex obligatione Magistratuum suorum, non teneantur, nisi in Civitatibus, quarum Rectores habent jus Regalium & nominatim imperandi pecunias. Ex speciali mandato duntaxat hi tenentur, qui consenserunt; Nam ut pars major comprehendat voluntatam minoris, id in rebus & in bonis publici universitatis patrimonii, bene procedit; sed ut Rectores civitatis municipalis in rebus ad patrimonia privata spectantibus, singulos obligent absque præscripto summæ Potestatis, id notissimos regiminis municipalis terminos excedit, & prærogativa partis majoris est virtus Recturæ publicæ, nec ad jura vel bona singulorum pertinet, ut jam diximus in *lib.* 2. *de Jur. Civit. sect.* 3. *c.* 1. *n.* 36. *& sequ. & cap.* 6.

Paulus Lib. v. ad Plautium.

Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat l. 30. *d. Reb. Cred.*

1. Quærens pecuniam mutuam adiisti me, non aversantem boni nominis occasionem. Addixi tibi pecuniam in Kalendas Majas; Scripsimus, ut parata essent omnia, stipulationis instrumentum, quod ego servo. Kalendis Majis, tu nullus ades. Convenio te, ut accipias numerandam pecuniam. Respondes, nihil opus esse tibi pecuniâ. Hoccene satis est? inquam. Respondet Paulus, habere te potestatem, non accipiendi nummos, nec contrahendi obligationem. Quid est ludibrio habere fidem & commercia, si hoc non est? *Sicut initio libera potestas unicuique est, habendi vel non habendi contractus, ita renunciare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest l.* 5. *C. de Obl. & Act.* Ne longa sit responsio; de contractu perfecto ita vult ratio, ut indicat regula *d. l.* 5. Mutuum est contractus, qui re perficitur, nec ante numerationem, ullam vim habet. Mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia *l.* 2. §. 3. *d. Reb. Cred.* Hic autem nihil pecuniæ profectum aut numeratum est. Proinde, Quomodo hic se res habet, nihil profertur, quare fides eludi videatur, aut cur Jure Canonico secus esse receptum dicatur, ut Busius & Brunemannus *hic* monent, ex eo, quod Canones ex quovis pacto dant actionem; sane ita, si quid interfit alterius. Id hic non proponitur; Mutuum est contractus beneficus & gratuitus, quod non potest contrahi in plus quam datum est *l.* 17. *in pr. d. Pact.* Tu promisisti mutuum in Kalendas Majas; hoc est, ut mihi subvenires officio benefico, sic enim est natura Mutui. Dices, hauddubiè convenit de usura, cujus expe-

expectatione debitor fallit creditorem, qui aliunde bonam usuræ conditionem habere potuisset. Sed in hac quidem Lege nulla fit usuræ mentio quæ nonnisi per expressam stipulationem accedere potest *l.* 3. *C. de Usur.* de qua nihil *hic.* Plane, si adjecta sit usuræ stipulatio, non ipsa quidem usura, quæ sine usu sortis nulla est, debetur, attamen non dissenserim hoc casu à Jasone & Zasio, qui in id quod interest actionem tribuunt, *arg. L.* 122. *in pr. d. V. O.* etsi Faber ne hanc quidem dare videatur, dum nihil in hac stipulatione, quam verborum sonos esse scribit, unde summo quidem jure nascatur obligatio, sed doli exceptione elidenda, per *l.* 2. §. 3. *d. doli & met. except.* ubi de stipulatione sine causa, quod huc male, ni fallor, applicetur; nec enim hic omnis causa deest, ubi usuræ sunt promissæ, jure licitæ, quibus facto alterius careo.

2. Quid autem? an creditor eodem modo potest eludere debitorem? Adiisti me rogans Mutuum in kalendas Majas. Addixi. Tu Kalendis Maji accedis, cum sacco & chirographo paratus. Ego frigide respondeo; non habere me pecuniam. Numquid habes actionem contra me, in id quod interest? An vero æquè habes in potestate, ne mihi numerando me habeas obligatum; ut debitor habet in potestate non accipiendi mutuum *d. l.* 30? Ita ex argumento correlativorum colligit Zasius, ad hunc locum; sed videndum, ne non sit eadem ratio, in actu non accipiendi Mutuum, quod est contractus beneficus, & eludendi promissionem subveniendi amico, pecuniæ egenti, in ipso ejus utendæ & explicandæ articulo, factam. Non posse quidem ad dandum & credendum cogi creditorem, contractu non perfecto, verum est, sed est fidei non servatæ in dando beneficio major deformitas; quam ex beneficio, contra quam dictum erat, non acceptato, sepositâ usuræ speratæ ratione, cujus etiam minime tantus est favor, quanti sit, officium amico subveniendi. Denique, in id quod interest, danda videtur actio debitori eluso, quod in Creditore non habet terminos habiles, sine speciali stipulatione usurarum.

Modestinus lib. x. Pandectarum.

Principalibus constitutionibus cavetur, ne hi, qui provinciam regunt, quive circa eos sunt, negotientur; mutuamve pecuniam dent, fœnusve exerceant l. 33. *d. Reb. Cred.*

Ant. Matthæus *disp. fundam. Jur. th.* 33. *ex Connano* 7. *comment. c.* 2. *n.* 1. *Quod* ajunt, *qui in Provinciis cum Imperio & potestate sunt dare mutuum prohibentur, l.* 33. *ff. de Reb. Cred. Perquam inhumanum & illiberale esse, nullâque ratione fundatum videtur.* Ita Viri Clarissimi. Responsionis loco erit Limitatio partim arcessita, partim exegetica hujus constitutionis. Arcessita, quod non habeat locum in Præfectis & Magistratibus eorumque ministris officialibus *perpetuis*, sed temporariis tantum, qui ad exiguum tempus suæ præfecturæ, sine graviori incommodo, facultate fœnus exercendi carere possunt. Exegetica limitatio duplex est, quod Mutuum contractus ille beneficus non prohibetur Præsidibus, sed mutuum fœnebre: nec ejusmodi simplex Mutuum, sed professio negotiandi

di & fœnus exercendi. Proinde ſicut una hirundo non facit ver, ita nec unus alterve contractus ejus generis: ſed exercitium, ejus & negotiatio. Proinde, verba textus *negotientur, ſeu numve mutuam dent, fœnuſve exerceant*, conjunctim & confertim accipienda ſint, in eum quem diximus, ſenſum; ejus autem rei talis eſt ratio, quæ nullum Cenſuræ periculum incurrit. Cum notæ ſatis ſint ex hiſtoria, Magiſtratuum provincialium avaritia, rapacitas & exactiones, quibus iſta negotiandi fœnoribus licentia copioſum daret prætextum & occaſionem: quando & emendi facultas multo magis neceſſaria iiſdem Provinciarum Rectoribus interdicitur, ut videbimus *ad l. 46. d. contrah. empt.* Adde ſis Mæſtertium in *lib. 2. d. Juſt. leg. Rom. c. 19.*

Papinianus Lib. 1. Definition.

Cum ad præſens tempus conditio confertur, ſtipulatio non ſuſpenditur; &, ſi conditio vera ſit, ſtipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent: Velut, ſi Rex Parthorum vivit, centum millia dare Spondes? Eadem ſunt & cum in præteritum conditio confertur l. 37. d. Reb. Cred.

1. Hæc ſponſio eſt ex earum genere, quas multi prohibitas arbitrantur: *Nullum enim in his virtutis certamen inſtituitur, & lucrum inde captum pro turpi habendum*, ait D. Wiſſembach *ad tit. de Aleator.* juxta *l. penult. d. Aleator.* Cujuſmodi ſpecimen Ameſius etiam putat eſſe ſponſionem à Samſone contractam cum Philiſtæis, *Judic.* 14. in *lib. 5. de conſc. c. 45. n. 5.* Hic autem Papinianus ſtipulationem tenere docet, ſuper re, nihilo magis ad virtutem ſpectante, *Si Rex Parthorum vivit*; Vel ſi Græci expugnaverint Trojam; ſi Gallus vicerit Hiſpanum, quæ exempla ponit D. Wiſſembach. Quod attinet ad differentiam temporis futuri, & præſentis, vel præteriti, hoc ut ratione valoris inconti- nenti vel deinceps æſtimandi intereſſe poteſt, ut Papinianus indicat, ita quod ad hujus meritum quæſtionis attinet, nihil refert; cum virtutis ſtudium nihilo magis ſit, in quæſito de præſenti, quam de præterito, & qui has ſponſiones improbant, exempla promiſcuè ponunt, ut Ameſius in facto Simſonis, quod erat præteritum, & Wiſſembachius in ſponſione Azonis & Lotharii, de proprietate vel exercitio meri Imperii, quod erat ſtatus præſentis. Præter quod incertitudo, quæ eſt in opinione vel ſcientiâ partium, non magis ad differentiam & meritum obligationis, quam quæ eſt in re ipſa, pertinet; Cum in ipſis rebus nihil incertum ſit. *Nec ideo*, inquit Paulus, *rerum naturam intueri oportet, in quâ omnia certa ſunt, cum futura utique fiant, ſed noſtra inſcientia adſpici debet l. 28. in fin. de Judic.* Denique, tales ſponſiones, quæ non fiunt virtutis causâ, non valere multis viſum eſt, Theologis, Juris Conſultis, & integris populis, ut teſtis eſt *d. locu* Wiſſembachius noſter.

2. Neque tamen deſunt, qui ſponſiones de rebus incertis valere ſtatuunt, *dummodo non interponantur ſuper ſubjecto inhoneſto, nec bonis moribus repugnent*, verum in ἀδιάφορον, *indifferens*, ad tralatitiam curioſitatem vel ſtudia hominum fortuita pertinens, ut ſunt exempla hujus loci à Papiniano, tum reli-

reliqua à dissentientibus proposita. Quippe ad obligationem producendam sufficere, quod non sit turpe vel prohibitum, de quo agitur, satis constat §. *Quod turpi* 22. *I. de Inutil. stipulat.* Textus in *d. l. penult. d. Aleator.* simpliciter, valere sponsiones super rebus, de quibus ludere permissum est, adfirmat; De non turpibus non esse licitum facere sponsiones, minimè docet. Denique, si problema non sit inhonestum, vix est, ut non Studii aliquid decori in dijudicatione rerum incertarum, ad ingenia exercenda versetur, etiam in ejusmodi, qualia diximus, exemplis: Est enim utilis & laudabilis illa curiositas in res dubias incognitas, si ad nullius læsionem tendant; inquirere; sive ad arcana scientiarum, Politicæ, rerumque gestarum, vel etiam ad futura conjicienda pertineant, quo spectat illa præclara divinandi ars, quam Cicero sibi, & Plutarchus Ciceroni adscribunt, de quâ diximus in *Præl.* ad *Tit. de Aleator.* Quid vetat, si honestum est in talia certatim inquirere, studium illud sponsionibus intendere pecuniariis?

4. Una est ratio, ex intimâ Philosophiâ Juris deprompta, quam urget Herbajus noster in *libr. rer. quotid. cap.* 1. sane quam eleganter; inprimis ubi agit de ratione, quam dissentientes adferunt, in ejusmodi sponsionibus *nullam esse causam*; At stipulationes causâ carentes non habere juris effectum, docet *lex* 2. §. 3. *d. dol. & met. except.* Ad hanc rationem, qui sponsiones probant, ajunt, *sponsionem satis firmari per stipulationem, quæ per se causa est, & satis efficax ad producendam actionem*, ut D. Sandius loquitur, in *lib.* 3. *Decis. tit.* 9. *def.* 3. ex sententiâ *Bartoli*, & aliorum, è quibus ex professo id agit Parladorius in *lib.* 2. *rer. quot. c.* 3. *n.* 55. & 56. Causa in hac quæstione aliter ex ratione juris antiqui, aliter hodierni accipienda videtur. Olim stipulatio per se non valebat, sed aut contractibus, aut pactis consolidandis adjiciebatur, ut *in Prælect. ad tit. I. de Verb. Obl. & suprà ad l.* 7. §. 12. *d.* Pact. demonstravimus; Unde nomen stipulationis, à stipulo, quod firmum significat, derivatum fuisse docet Justinianus *in pr. I. de V.* O. Sipulationem igitur semper aliquis contractus aut pactum conventum præcedebat, quod aut quem stipulatio subjecta obsignabat. Hoc hodie ita non fieri satis constat: sed Contractus & Pacta per se valent absque stipulatione; Et hæc sola sine alia conventione præviâ subsistit, modo super negotio habili & justo, quod constet, ineatur; quod proinde pro causa nunc unicè habendum est, ac etiam ipso jure antiquo sufficere potuisse videtur, ad obligationem ex stipulatione producendam; ut quemadmodum aliæ contractuum species re aut verbis literisve perfectæ, virtute suæ materiæ subsistebant, ita quoque verborum obligatio habilitate sui subjecti contenta esset. Ut, si quis alii promittat stipulanti centum, animo donandi, non sit dubium, quin stipulatio valeat, perinde ac hodiè pactum §. 2. *I. de Donat. l.* 35. §. *ult. C. de Donat.* Quin si constet, esse factam à sciente volente promissionem dandi, non est quod donandi animum præsumere cunctemur *l.* 53. *d. R. J. l.* 21. *de V.* O. Ubi dos reddi promittitur ei, quæ nullum dotem habuit, ad centum, quæ peti possunt, ex intentione liberalitatis erga illam exercendæ non obscurâ. Nec est tamen recedendum ab hac Juris sententiâ; si ex ipsâ negotii naturâ, talis donandi animus colligi nequeat, instrumentum obligationis sine causâ donationis aliâve conceptum non sufficere, ad actionem pro-

ducendam, ut alias probatum est ex *l.* 25. §. *ult. d. Probat.* quia posset esse causa turpis aut legibus prohibita, ut in *Prælect. ad Tit. De Condict. sine causa subfin.* conprobavimus, ubi & exemplum chirographi, *Fateor me debere Titio centum*, Unde non data est actio. Sic tamen, ut hic etiam conjecturis locus esse possit, quibus causa præsumatur: In quo genere præsumptionis, ideo minus oportet esse difficiles, quod raro ejusmodi promissiones sine verâ causâ fiant. Ita non dubitavi, causam Mutui esse præsumendam, in tali exemplo chirographi; *Fateor habere me à Titio mille Carolinos, pro quibus ipsi promitto denos ducatones annuos.* Respondi, actionem non videri esse negandam, etsi non expressâ causâ *die* 2. *Februarii* 1689.

3. Qui sunt pro Bartolo, frequenter in ore habent, in stipulatione conditionali sufficere *conditionem* pro causâ; quod probant ex *l.* 108. *d. V. O. l.* 17. §. *ult. de Præscr. verb.* Negat hoc Herbajus habere rationem; quia conditio suspendit obligationem, quæ amotâ conditione, per eventum subsistet, ac inde ab initio, si non fuisset conditio, substitisset: non poterat autem sine causâ subsistere, quam idcirco à conditione oportet esse separatam; acute nec non recte. Sed & verum est, plerumque negotium, de quo partes agunt, conditioni esse implicitum; quod formâ conditionis remotâ, superest tamen & causam præstat. Sic in *l.* 108. *d. V. O.* docet Javolenus, valere stipulationem; *Si qua mihi nupserit, decem dotis ejus nomine dare spondes?* addens, *conditionem ibi parere obligationem*, quod falsum esse dicit D. Wissenbachius ad *d. tit. de Aleator. n.* 18. quia dos ibi sit causa: Nempè dos conditioni fuit implicita, & per modum conditionis intravit in obligationem adeoque est ipsa conditio: ut tamen id ipsum, quod partes agerent, esset idem negotium Dotis; etiam sine respectu ad conditionem pendentem, maneretque dotis negotium, etiam post existentem conditionem. Hanc igitur in *concreto*, una cum materiâ suâ, Javolenus ut causam obligationis considerat; Quæ in abstracto juxta philosophiam Herbaji, quatenus est conditio, non posset esse causa contractus. Igitur in hujusmodi stipulatione conditionali, *si Rex Persarum vivit*, vel quemadmodum memoriâ nostra, ingentes pecuniarum summæ in sponsionem deductæ sunt, *si Rex Suecorum vivit, centum* dare spondes? Et *tu, si non vivit, ducentos dare spondes?* cum Carolus Gustavus in Polonia, finibus ab ejus hostibus infessis, hæreret & laboraret anno 1657. Cum in hujusmodi stipulationibus ipsa conditio arguat & loquatur studium, quod partes habent circa illam positionem, & quod habuerunt etiam ante sponsionem, nihil absurdi est in eo, quod conditio *μετημιχῶς*, pro causa sponsionis conditionalis habetur.

4. Nec quod dissentientes volunt, non esse in ejusmodi contentionibus ullum virtutis certamen, obstat; primo, quia quod nihil in ea turpe vel inhonesti continetur, id ad obligationem ex eo, quod homines studii sui faciunt & valide prosequuntur, producendam sufficit. Neque vero concedendum est illud omnino; In talibus nullum esse laudabile propositum contentionis: Nec enim meritò contemnitur accuratio *Correspondentiæ*, quam vocant; quatenus Acta externa novasque res alibi terrarum gestas exactè sciri, nec auditionibus temere missis ac admissis propagari, privatæ publicæque rei plurimum interest; sicut fictis ac artificiose

ad-

adstructis rumoribus magnas rerum & regnorum conversiones fuisse perpetratas, vel adjutas nostra quoque memoriâ constat. Ideoque sponsiones, quæ tales habeant ἀναφορὰς pro illicitis habendas publicæ vigor disciplinæ postulat, ut anno hujus seculi LXXII. postulatus fuit à Procuratore Generali homo Pontificius, quia spoponderat duplum contra stipulationem simpli; *Nisi Frisia ante Festum D. Jacobi esset in potestate Hostium*, morte censuram publicam prævenit. Subsistemus igitur in eo, quod ejusmodi sponsiones sub conditionibus rerum futurarum vel præsentium ignotarum innocentium, nec jure Gentium neque Jure Civili justa facultate careant. Quanquam sicubi ex immoderatis ejusmodi certaminibus hominum patrimonia periclitantur, non improbemus aliquam Juris positivi limitationem, quemadmodum jam olim Amstelodami prohibita fuisse talia sponsionum certamina, testis est inde ex Borussiâ Kekermannus *curs. philos. disp.* 28. *problem.* 48. *in fin.* Propterea quod in spisso mercatorum concursu, & collatione epistolarum peregre venientium, sæpe res abit in calorem noxium & Aleæ similitudinem jacturasque notabiles & studia factionum. Quod si alibi non habeat ejusmodi σύμπτωμα incommodorum, cur æquè prohibeatur, nihil est; nec publicæ utilitatis ratio, nec res ipsa vel Jurisprudentia imperat ejusmodi cautionem interdicti. Ac ideo Frisii nostri, secundum ea quæ disputavimus, jus dicere non dubitarunt, apud Sandium *d. lib.* 3. *tit.* 9. *def.* 1.

Paulus Lib. III. Quæst.

1. *Lecta est in auditorio Æmilii Papiniani præfecti prætorio, jurisconsulti, cautio hujusmodi*; Lucius Titius scripsi, me accepisse à Publio Mævio quindecim mutua, numerata mihi de domo, & hæc quindecim proba rectè dari Kalendis futuris, stipulatus est Mævius Publius, spopondi ego Lucius Titius. Si die supra scripta summa Publio Mævio, sive, ad quem ea res pertinebit, data soluta, satisve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo post solvam, pœnæ nomine in dies triginta, inque denarios centenos, denarios singulos dari, stipulatus est Publius Mævius, spopondi ego Lucius Titius, convenitque inter nos, uti pro Publio Mævio ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos, ex omni summa, ei, heredive ejus. *Quæsitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur, Perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset: igitur, finito primo mense, primæ pensionis usuras currere: & similiter post secundum, & tertium tractum, usuras non solutæ pecuniæ pensionis crescere: nec ante sortis non solutæ usuras peti posse, quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subjectum est, quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usuram, quæ priori parte simpliciter in stipulationem venissent: pactumque id tantum ad exceptionem prodesse: & ideo, non solutâ pecuniâ statutis pensionibus, ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usura ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, &, si (ut ille putabat) ad exceptionem tantum*

tum prodesset pactum, quamvis sententia diversa obtinuerit, tamen usurarum obligatio ipso jure non committetur; non enim in mora est is, à quo pecunia propter exceptionem, peti non potest. Sed (si) quantitatem, quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cum conditio exstiterit, sicut est in fructibus, idem & in usuris potest exprimi: ut ad diem non soluta pecunia, quæ competit usurarum nomine, ex die interpositæ stipulationis præstetur. l. 40. d. Reb. Cred.

2. De omnibus hujus Legis difficultatibus, quas Commilitonibus suis hoc ipso tempore, aliquot exercitationibus, copiose exponit eruditissimus juvenis, *Cornelius Bynckershoek*, agere, cum non sit hujus instituti, Censuram Hotomanni contra decisionem hujus loci à Paulo factam breviter examinabimus. Vidimus in textu, mutuo esse data xv. sestertia, vel ut Hotomannus xv. millia denariorum per quos inferius computatur, sub usuræ stipulatione Centesimæ in mensem, cum Pacto incontinenti adjecto, de sorte particulatim solvendâ, trecenis denariis in menses singulos. Sic tota summa mensibus quinquaginta commodè solvi poterat, si xv millia denariorum intelligas. Si vero sestertia xv. quæ faciunt denarios ter mille septingentos & quinquaginta, solutio mensibus septuaginta quinque conficeretur; Verum his mensibus elapsis, nihil adhuc à debitore solutum erat. Ideo Creditor integram summam petebat, & recte, pariter videlicet solvendam, cum usuris integræ summæ, à die stipulatione expressâ, quæ faciunt in singulos menses, 150. denarios, ita quinquagies. At de usuris opponit se debitor; Ait, se quidem pro trecentis denariis, quos primo mense solvere debuisset, usuras debere, 50. mensium. At pro trecentis, quos secundo mense solvere debuisset, usuras se debere 49. mensium, ac ita quanto quisque mensis esset recentior, tanto minus usuræ se, pro illo debere, licet hæc in universum *cresceret*, denique pro ultimo mense tantum menstruas deberi usuras; quo pacto ingens usurariæ summæ discrimen esset futurum. Creditor replicat; Pactum de terminis solvendi particularibus, ad sortem, non ad usuras pertinere, ex quo pacto nihil quam exceptio detur adversus petitionem sortis; usuras hoc in antecessum mutare non potuisse, cum illa sit operatio, quæ ipso jure fit. Paulus est pro debitore; Alius, probabiliter Ulpianus, fuit pro creditore, cujus hæc fuit sententia; Pactum stricti juris contractui adjectum, ei non inesse, ut inest bonæ fidei judiciis *l. 7. §. 5. d. Pactis*; hic autem agi de stricti juris Contractu, quale est Mutuum. Paulus primo negat, pacta incontinenti adjecta non inesse stricti juris Contractibus, aliterque usu fori invaluisse contendit: Adeoque pactum, de solutione particulari adjectum stipulationi, Sortis ipsius obligationem mutasse, inde à primo tempore Pacti, consequenter & usuras, quod vim Exceptionis excedit; ac ideo sortem non uno tempore, verum per menses, vi stipulationis, cujus pactum pars factum erat, esse debitam & solvendam: Proinde usuras, utpote accessorias, non posse aliter computari, quam secundum pensiones & tempora sortis solvendæ. Quod si maxime dem tibi, dicit Paulus, hoc pactum nonnisi exceptionem parere, quod utique non do; usura tamen peti non posset ejus pecuniæ, quæ adhuc ipsa cum effectu, propter æquitatem exceptionis, peti non posset; hoc est, eorum mensium, qui ex pacto necdum cesserant. Non quod in hac ratione se fundare velit, aut prius κεκρινόμενον, utrum pacta ipso jure contractibus stricti juris insint, de quo, tam

tam πραγματικῶς ac intente quasi in quo cardo rei vertatur egerat, supervacuum putet: Sed ut ex abundanti probet, Adversam opinionem, vel hoc obtento, quod pactum non insit, tamen æquitate destitui. Quin Pacta inesse stipulationi citra actionem tamen docet idem in *l.* 4. §. *ult. d. Pact.* ubi Pactum stipulationem facit puram, quo validior effectus ꝑ inesse non potest dari. Nec id definit esse pactum incontinenti adjectum: etsi, quod aliqui volunt, stipulationem præcesserit, modo incontinente ante negotium; (etenim inde separatum esset nudum nec ingereret conditionem stipulationi) nam ea maxime sunt pacta incontinenti adjecta, quæ in ingressu contractus, facta sunt *l.* 7. §. 5. *d. Pact. l.* 27. *d. R. J.* Quæcunque *inseruntur in constituendâ obligatione, non quæ post perfectam eam opponuntur*, ait idem in *l.* 44. §. 2. *d. V. O.* Hæc enim ex intervallo adjecta sunt, etsi mox à perfectâ obligatione superveniant, ut in *d.* §. 2. accipienda est Stipulatio. *Centum dare spondes? Spondeo.* Dein adjectum est, *nisi navis ex Asiâ venerit*, est pactum ex intervallo, quia disertè post *stipulationem perfectam*, non in *constituendâ obligatione* dicitur intervenisse; qui textus ideo malè profertur ad probandum, quod pacta incontinenti adjecta nullo modo insunt stipulationi. In ultima periodo *h. l.* Paulus id agit, ut doceat, per stipulationem utique convenire potuisse, ut usuræ omnes à die stipulatione expressâ præstarentur; contra quam factum sit in hac specie facti. Exinde jam constat; Ex hoc textu male probari, Pactum incontinenti adjectum stricti Juris contractui, actionem producere, cum Actionis in hac L. nulli sint termini habiles: sed hoc inde valide constat, Pactum illud ipso jure inesse Contractui stricto, ut jus actionis primitus mutet, eo modo, ut exceptionem per operationem, quæ ipso jure fit, præveniat.

2. Atque hæc quidem (verba Hotomanni *lib.* XI. *Observ. c.* I.) Paulus non minus subtiliter, quam confidenter. *Sed videamus, ne subtilitas hæc verè illud sit, quod dici solet; Summum jus, summa injuria.* Sic ille; Sed & nos rationes ejus contra Paulum videamus; *Primum*, inquit, *usura in pœnam stipulata est. At tantum abest, ut hæc debitori pœna sit, ut contra maximum ei uberrimumque quæstum adferat.* Vult dicere opinor, ita; Mens contrahentium fuit, usuram pœnæ loco infligere; Quod si usura juxta pactum è singulis pensionibus currat, reperietur, hanc usuram, quæ placuerat Centesima, vix, ut ipse computat, fore semunciariam: Quod idcirco à mente contrahentium alienissimum esse oporteat. Responsio non est difficilis. Usura dicitur pœna, quæ non ob id quod interest, sed ob solutionis defectum infligitur *l.* 90. *d. V. O.* Nowi, unde *fœnus* appellatum esse non temere creditur. Hæc pœna primò ad totum debitum relata est, dein solutione per tot partes sectâ, menstruis pensionibus applicatur, & est adhuc pœna, sed mitior, in quam Creditor consensit, eo quod pœnam, nisi morâ commissâ, quæ post singulos demum menses foret, exigere non posset. Unde labitur etiam secunda Hotomanni ratio, *quod creditor bonus & beneficus, damnum isto modo faciat insigne.* Quod enim suâ voluntate subit damnum, hoc sentire non videtur *l.* 203. *d. R. J.* quod æque valet ad tertium argumentum, *quia indignum & miserum est, quod gratificandi causâ fecit Creditor, id ei tantum adferre damnum*, ait.

3. Quarto, pergit, *verisimile est, eum, cum ita pactus est, nullo modo de U-*

Juris cogitasse, sed de sorte duntaxat, de quâ nominatim cautum est. Quod si captio hujusmodi toleretur, fraudatio apertissima & indignissima comprobabitur. Imo Respondetur; Verisimile non est, Eum qui solutionem sortis in singulos menses partiebatur & differebat, usuras sibi deberi voluisse, priusquam sors identidem peti posset. Quod autem ad fraudationem attinet, parata est ratio ex *l.* 145. *d. R. J.* Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt & consentiunt. Nec opus est tam fatuum præsumere Creditorem, quam Hotomannus eum exhibet innocentem & facilem; quis enim nunc ejus indulgentiæ causam divinare potest, quæ sine dubio non fuit nulla? de cujus sane contrario, nobis ejusmodi positiones, quales Hotomanus colligit, educere non licet. Nec faciunt hæ rationes, ut deserto Paulo, cujus sententia transiit in Eunomiam, ejus æmulo consentiamus.

4. Videamus, an felicius refellat Pauli rationes Hotomanus. *Prius argumentum Pauli*, inquit, *hoc est, pactum per universam Stipulationem fusum esse. Respondemus enim, id intelligi; cum simplex est uniusque rei stipulatio, & non duarum rerum divisarum ac dissimilium. Hujus autem Stipulationis duæ partes sunt diversæ atque dissimiles, nimirum sortis & usurarum. l. 8. d. Eo quod cert. loc* Responsio Hotomanni vera est, quando sunt duæ stipulationes ab se invicem non dependentes: At hic Usuræ stipulatio pendet à stipulatione sortis, quâ sublata, diminutâ, vel mutatâ, usuram quoque tolli, vel minui atque mutari necesse est, cum Usura sit accessio *l.* 12. *C. de Usur. l.* 35. *π. de Usuris.* Atqui Creditor hic stipulationem sortis per pactum adjectum mutavit: Non potuit igitur non mutasse videri obligationem usurarum, quæ inde absolutè pendebat. *Secundum argumenum* Pauli, inquit Hotomannus, *erat; fore alioqui, ut sine morâ Usura peteretur, quod argumentum nunquam profectò*, pergit Hotomannus, *me vel tantillum movit. Cum satis constet, nominatim stipulationem interpositam fuisse: Et ubi ea interposita est, moram consuetudine populi Romani non desiderari.* Rectè, si stipulatio sit efficax & non abolita, quod hic secus. Et per necessarium consequens; Abolitâ enim Stipulatione restituendi sortem simul, unâ, pariter; & divisâ per quinquaginta menses solutione per pactum adjectum, stipulatio Usurarum inde pendens eandem sponte mutationem subiit. Ac ita Pauli, vel debitoris ratio bene se habet; Quid petis à me usuras 50 mensium, pecuniæ, quam ante unum, multove pauciores quam sunt quinquaginta menses, petere non potuisti. Quid hic stipulatio usuræ, cessante stipulatione sortis, operari potuit? Est omnino Pauli ratio solida & Eunomica, nec usurarum is est in Jure vel in Æquitatis Arte, favor; ut his contra Juris rationem patrocinium quærere oporteat.

Afri-

Africanus Lib. VIII. Quæstion.

Ejus, qui in Provinciâ Stichum servum Kalendario præposuerat, Romæ testamentum recitatum erat; quo idem Stichus liber, & ex parte heres erat scriptus, qui status sui ignarus pecuniam defuncti aut excepit, aut credidit. Inferius; *Quod si stipulatus quoque esset, referre, quemadmodum stipulatus esset. Nam si nominatim forte Titio, domino suo mortuo, jam dari stipulatus sit, proculdubio inutiliter esset stipulatus. l. 41. d. Reb. Cred.*

1. Bernardus Autumnus: *Sententia Africani,* inquit, vera non est, ut Paulus notat in *l. inter causas 26. D. Mandati:* Ubi nihil est, quam morte mandantis, solvi mandatum, *junctâ l. Actione 65. §. Item si alicujus 16. Pro Soc.* quæ vult, si ignota sit mors, valere mandatum, quod melius ex §. 10. *Instit. Mand.* probaretur, utilis scilicet actio ut detur; Ergo colligit Autumnus, etiam neganda non erat utilis actio, quia servus hic etiam domini sui mortem ignoravit, in verbis, *status sui ignarus.* Ideo, pergit Censor, Azo videns hoc responsum juri communi refragari, ad verba textus, *mortuo jam,* addit, *hoc non expresso;* innuens *non ignorasse mortem domini,* inquit. Sed verba Africani, pergit, hanc conjecturam pati non possunt. Ideo instat, Africanum ignoratione Juris peccasse, licet eum Cujacius defenderit *ad hunc §.* idque argumento *L. 18. §. servus d. Stipulat. serv.* ubi, si quis stipulanti promiserit, Titium sisti, & Titius jam sit mortuus, vel post moriatur, ante litem contestatam, vel ante diem, quo exhiberi debuit, inutilis stipulatio est *l. 4. D. Qui satisd. cog.* Sed hoc exemplum non convenit huic responso, *pace tanti Viri dixerim,* subjicit Autumnus; joco interim mordace prosecutus Cujacium, quod is *hæc scribens, etsi senex, florentis amicæ captus amore, mortis non meminisset,* ac ideo de morte in illa quæstione, dans operam amori, turpe, senili, minus recte judicasset. Hactenus Autumnus à Groenewegio, ex more, laudatus. Non dubitarunt illi, censuras ingerere patronis veterum; Licere nobis res nostras habere, sancteque tueri veterum errores, denique superstitioni donare pulcherrimam artem, levibusque ac inanibus effugiis ludibria quædam excitare prætextu defensionis, ut ajunt.

2. Sed de his ultro citroque jactari solitis, ratio ferat oportet judicium. Hic quidem Autumno accidit, quod & aliàs sæpe vidimus, ut damnet quod non bene percepit. Proponitur hic servus institor, heres domini factus, ignarus; id enim largiendum Censori; post mortem domini stipulatur ipsi: Quæritur, an valeat stipulatio. Distinguit Africanus; aut simpliciter stipulatus est, aut nominatim domino. Si simpliciter, acquiretur Hereditati, ad quam servus adhuc se pertinere credidit; utiliter saltem *pr. Inst. de Stipul. serv.* Si nominatim Domino stipulatus sit, res cadit in vacuum & in irritum, quia mortuo non potest acquiri neque directè, nec utiliter, eoque recte adducit Cujacius exemplum de servo qui mortuus est, promisso, è *d. l. 26.* quod est etiam *in l. si homo mortuus 69. d. t. de V. O.* Etsi enim species in eo sint dissimiles, quod in hac *l. 41.* de

de morte ejus cui ſtipulatio facta eſt; in *l.* 18. *& l.* 69. de morte hominis in ſtipulationem deducti, agatur; in eo tamen conveniunt, quod non entis non ſint qualitates, nec quicquam de mortuo præſtando vel augendo aliquâ re vel jure, cum effectu agi poſſit. Argumentum Autumni à Mandato non quadrat; Inſtitor enim ſervus, ut hic, non habet mandati cum domino obligationem. Et quod traditum eſt; Mandatarium, mortuo mandatore, poſſe utiliter agere in in quod intereſt ſua, ex eo quod ignarus mortis, interim geſſit, eò non pertinet, ut ſi quid interim Mandatarius nominatim Mandatori ſtipulatus eſt, inde naſcatur actio. Id enim magis eſt, ut neque civilem, neque naturalem habeat facultatem. Bene igitur Africanus, non bene magiſtri Cenſores.

Rubrica de Jurejurando, ſive voluntario, ſive neceſſario, ſive Judiciali.

3. Hotomannus hanc Rubricam à ſe non intelligi fatetur *in epit. Pand. ad h. t. n.* 2. vereque Jusjurandum, de quo ſub *hoc Tit.* agitur, eſſe totum Judiciale putat *n.* 3. *ſub fin.* Quorſum igitur hæc partitio trimembris? Id ſane conſtat, hos terminos Rubricæ in nigro, id eſt, ipſo legum contextu non extare, nec uſquam explicari. Unde ſumma de ſenſu illorum inter Latinos, & Græcos Interpretes diſcrepantia: quod Triboniano & ejus ſociis compilatoribus, qui hunc ſine uſu vel ratione, ſcrupulum nobis objecerint & reliquerint, imputandum ſit.

4. Apparet, uſu docendi in Scholis, quo tempore Pandectæ ſunt compoſitæ, hanc trimembrem fuiſſe notam diviſionem; quam cur Artis conditores in Artem inferre non potuerint, cum hodie nihil frequentius fiat à Juris Profeſſoribus, ratio nulla eſt. Explicationem ipſis obviam, poſteris adeo difficilem obſcuramque viſum iri, ſi non præſumpſerint, eſt quod ignoſcatur à poſteris, qui toties in idem vitium gravius impingunt, ut novas diviſiones à ſe excogitatas in Artem Juris invehant. Nec eſt res adeo difficilis aut rationis expers. Enimvero, quod Hotomannus omne de quod hic agitur Jusjurandum putat eſſe judiciale, verum eſt *l.* 1. *&* 2. *h. t.*; nihil tamen vetat, quo minus & una ſpecies idem nomen habeat. Quid enim frequentius eſt in Arte Juris, quam generi nomen uni è ſpecialibus tribui? De Lege, de Notione, de innumerabilibus aliis rebus ut taceam; quis neſcit, Contractus omnes eſſe Conſenſuales, & tamen unam ex illis Speciem hoc nomen ſibi per excellentiam vindicare? Idem in ſtipulationibus aliiſque rebus uſu venit creberrimè: Nec ideo ſit inſolens, Judiciale jusjurandum, hoc eſt, quod in Judicio vim deciſionis adfert, eſſe voluntarium, neceſſarium aut Judiciale. Et quidem voluntarium & Judiciale quid ſit, dubitare non patitur Gajus *in l.* 1. *h. t.* Qui jusjurandum ita dividit; quod *vel ex Pactione litigantium, vel ex auctoritate judicis decidit Controverſias.* De neceſſario igitur quærendum: Nec id ſollicite quæri neceſſe fuerit: cum ſatis conſtet, quod ex pactione litigantium defertur, aliter Conventionale jusjurandum, id eſſe vel Delatum vel relatum. Prius libere defertur, nec eſt neceſſe præſtari *l.* 17. *in pr. l.* 38. *h. t.* Poſterius, aut præſtandum, aut litis jactura facienda eſt *l.* 34. §. 7. *& ſeqq. h. t.* Ideoque merito *Neceſſa-*

rium

rium dici & haberi poteſt, quemadmodum latius demonſtratum *in Prælect. ad h. tit. n. 6. & ſeqq.*

Gajus lib. v. ad Edict. Provinciale.

Maximum remedium expediendarum litium in uſum venit, Jurisjurandi religio: quâ vel ex pactione ipſorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controverſiæ l. 1. d. Jurejur.

1. Conſentit Apoſtolus ad Hebræos, Ἄνθρωποι μὲν γὰρ κατὰ τοῦ μείζονος ὀμνύουσι, καὶ πάσης αὐτοῖς ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος. *Homines per majorem ipſis jurant, omniſque diſceptationis terminus, ad firmandam fidem, illis eſt jusjurandum, cap. 6. v. 6.* Pari ſenſu, quo Juſtinianus appellat Jusjurandum τελευταῖον καταφυγήν. *Ultimum refugium Nov. 72.* Sed ut iſte locus Pauli non diſerte laudat jusjurandum, ita non deſunt, qui metu Numinis irritandi, omni jurejurando putant abſtinendum, tam olim inter gentiles, *l. 8. d. Condit. Inſtit.* quàm hodie inter Chriſtianos, deterriti verbis, ut videtur, claris Domini Servatoris noſtri, apud Matthæum *cap. 5.* Ἠκούσατε, ὅτι ἐρρέθη τοῖς ἀρχαίοις, οὐκ ἐπιορκήσεις· ἀποδώσεις τῷ κυρίῳ τοὺς ὅρκους σου. Ἐγὼ δὲ λέγω ὑμῖν, μὴ ὀμόσαι ὅλως. *Audiviſtis, eſſe dictum veteribus, non pejerabis, Reddes domino juramenta tua; Sed ego vobis dico, ne juretis omnino v. 33. & 34.* Idem fere Jacobus Apoſtolus. Πρὸ πάντων ἀδελφοί μου, μὴ ὀμνύετε, μήτε τὴν γῆν, μήτε ἄλλον τινὰ ὅρκον. *Ante omnia fratres, ne juretis, neque per cœlum, neque per terram, nec aliud ullum jusjurandum c. 5. v. 12.* Uterque addit, Dominus & diſcipulus ejus, Ἤτω δὲ ὑμῶν τὸ ναὶ, ναὶ, καὶ τὸ οὒ, οὔ. *Sit veſtrum Ita, ita, Et non, non.* Sunt hæc ejusmodi verba, ut ex iis non temerè quis in illam opinionem concedere poſſit, eſſe tutius, omnino non jurare, nec ultra τὸ *non*, ac *Ita*, progredi: ut è Chriſtianis, eos qui verborum religione maxime tenentur, ſentire & facere conſtat. Sed cum jurisjurandi exempla tam in novo, quam in Veteri teſtamento extent plura; & de hoc quidem non dubitetur, de novo habeamus locum 2 *Corinth.* 1. *v.* 23. 1 *Theſſal.* 2. 5. *&c.* nec mos olim pius à Chriſto ut impius damnari potuerit, ea res facit, ut ſuperiora verba ſenſum ejusmodi infinitum capere non poſſint. E ſimplicioribus multi ita exiſtimarunt, Invocationem Numinis in teſtimonium, quam in Novo Teſtamento adhuc videmus uſurpatam, non eſſe prohibitam; ſed deteſtationem & imprecationem noſtri cum eâ conjunctam, facere plenum jusjurandum, quod ſit prohibitum: quam ſententiam Menniſtæ noſtrates ſequuti ſunt: Ideoque non difficulter iis, legibus publicis indultum eſt, ut ejusmodi invocatione; juramenti loco, defungerentur: cum in eâ ſit ipſa vis religionis & jurisjurandi, cui nec ipſa deteſtatio non eſt implicita; cum nemo qui Deum eſſe credit, otioſum putet eſſe ſpectatorem, ſed qui ἔκδικον ὄμμα, *vindicem oculum* fallentibus immittat. Quod cum exactioribus illius ſectæ ſuboluiſſet, qui nec cum ejusmodi invocatione adſertoria conciliare poterant τὸ ναὶ, ναὶ, καὶ τὸ οὒ, οὔ, hanc etiam invocationem repudiarunt; exemplum Pauli, credo, quaſi à ſpiritu prophetico, magis obſervandum, quam vulgò imitandum rati.

2. Grotius verba Christi & Jacobi, de promissione futuri incerti; non de adsertione juratâ putat exaudienda *lib.2.tit.13.n.23.* Denique alii, non de jurejurando per Deum, sed per creaturas, Dominum ejusque discipulum loqui statuunt; quorum sententiam D. Wissembach his verbis extulit; *Peccatur elencho divisionis & paralogismo secundum quid, ad dictum simpliciter; dividuntur enim componenda, μὴ ὀμόσαι ὅλως, non jurare omnino; nec per cœlum, nec per terram, vel per alias id genus creaturas. Ineptè itaque τὸ ὅλως vel à speciebus subjectis separatur, vel ad genus & substantiam, non ad formam juramenti à Matthæo expressam refertur.* Verum enim vero; ad Instantiam, μὴ ὅλως, ἀπειλεῖ, Ναὶ, Οὐ, ὢ; Tu dic, rem in eo desinere, quod est sine dubio propositum Servatoris & Apostoli; Non esse licitum, divini nominis invocatione, vel ullâ jurandi specie, in ordinaria hominum consuetudine commercioque uti; quo pertinet, quod alibi de Jure Romano probavimus, Eo propterea non daria ctionem ex jurejurando, quemadmodum ex stipulatione; ne res sanctissima quotidiano vilesceret usu & corrumperetur, supra ad *l.7.§.12.d.Pactis.*

3. In his revera τὸ περισσὸν, de quo Dominus apud Matthæum, *Excessus* & usus suprà negotii modum reperitur. Sunt, quibus illud τὸ περισσὸν extendendum videtur, ad omnes causas pecuniariæ æstimationis. In quâ sententia sine respectu scilicet, ad verba Domini fuit Isocrates *ad Dæmonicum*, Ἕνεκα χρημάτων, inquit, μηδένα θεῶν ὀμόσῃς, μηδ' ἂν εὐορκεῖν μέλλῃς. *Ob rem pecuniariam cave per ullum Deum jures, etsi verè juraturus.* Quod ut verum forte non est, ita nihil reprehensione dignum in eâ sententiâ continetur. Sed Christi Domini quale fuerit institutum, ex universa ejus oratione, inde ab initio colligitur; quo indicat, sibi non esse animum, dissolvere Legem, quæ jusjurandum imprimis Judiciale constituerat, sed ad rectum ejus intellectum usumque reducendum tendere; qui hic erat, ut è singulis partibus, sublato, quod erat vitiosum, primæva maneret institutio, quæ hac in re talis fuerat; ut in qualibet re gravi, necessitate flagitante, pie sancteque Dei nomen invocaretur, Leves & temerariæ vel divini numinis invocationes, vel impiæ fomularum detorsiones abolerentur & enixè caverentur.

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Jurare autem oportet, ut delatum est jusjurandum: Cæterum, si ego, ut per Deum jurares, tu per caput tuum jurasti l.3.§.4.d.Jurejur.

Paulus Lib. 17. ad Edict.

Vel filiorum tuorum l.4.eod.

Ul-

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Non erit ratum habendum jusjurandum. Quod si exegi, ut per salutem tuam jurares, & jurasti, stabitur. Omne enim omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est: Et si ex eo fuerit juratum, Prætor id tuebitur l. 5. *eod.*

1. Autumnus. Jusjurandum *per caput tuum*, vel per *caput liberorum*, vel per salutem Principis *licite* non defertur. *Nam id nominatim Dominus & Sospitator noster vetuit in Evangelio, Matth.* 5. Male igitur Compilatores has jurisjurandi species, ad licitas referunt, si, quod iis standum esse præcipiunt, forte reprehendi non potest. Nam qui per res creatas jurat, divini numinis respectu jurare videtur, ut non modo Christus Dominus, sed etiam Ulpianus *in l.* 33. *h. t.* docet, eum, qui per salutem suam jurat, per Deum jurare videri. Unde, qui sic pejerat, eum perjurii esse reum, merito colligitur è dictis Domini & ex his Legibus; sed hoc amplius in Christi verbis est, illas jurandi formulas esse vitiosas, quæ tamen his locis probantur, si modo partes in eas consentiant. Quod proinde superstitionem sapere, non potest negari; nec id quidem, rectius facturum fuisse Tribonianum, si hoc omisisset aut emendasset in Pandectis; ut tamen in hisce præscriptis verbis, nihil aliud reprehendere liceat, quàm quod enumeratis jurandi formulis spuriis, subjicitur hæc ratio; *Quod omne LICITUM jusjurandum ad obligationem sit idoneum.* Ulpiano sane quominus id ignoscendum sit, nihil profertur; forte nec Triboniano; si verum est, quod Suidas adfirmat, eum non fuisse Christianum. Sed respectu Justiniani Principis religiose Christiani, deforme videri possit, ejusmodi superstitiones Legibus ejus admisceri. Nam sicut in precibus, ita nec jurando, quicquam sine dubio, præter Deum ejusque Christum, in conspectu habere licet. Cæterum, nos id agere nunquam professi sumus: ut nihil ullâ dignum nota, in Artis nostræ libris inveniri statueremus. Excusari quatenus aliquid possit, ea sit proxima cura.

2. Quid ni autem excusetur, quod non modo Patriarchæ Josepho in ore fuit *Genes.* LII. 15. sed etiam constat, in usu ipsorum mansisse Christianorum, ut per salutem cum suam, tum Principum jurarent, aliosque jurando adigerent, non modo temeritate tralatitiâ, qui mos hodieque populos Christianos promiscue dehonestat; sed etiam ritibus & formulis solennibus, quod usque ad tempora Caroli Magni, cujus demum legibus id sit prohibitum, ipse narrat & observat Autumnus. Quin etiam pluris habitum esse Jusjurandum per caput aut salutem Principis, quam per Dei nomen præstitum, idem observat. Quo pertinet exemplum è Zosimo, de jurejurando inprimis solenni concepto & præstito in Aula Honorii, Principis æquè Christiani. Locus est in *lib.* 5. *sub fin.* ubi narrat Zosimus, Jovium præivisse Jusjurandum, de pace cum Alaricho non faciendâ, Ὤμνυε δὲ καὶ αὐτὸς ὅρκον τῆς βασιλικῆς ἁψάμενος κεφαλῆς, καὶ τοὺς ἄλλους, οἷς ἀρχαὶ εἶχον τοῦτο ποιῆσαι παρεσκεύασε, *Jurabat ipse tacto Cæsaris capite, idemque à reliquis præstari Magistratibus curavit.* De quo deinde mutando cum agere-

tur, ab Alarico, responsum est ab iisdem. Εἰ μὲν οὖν τὸν θεὸν ἐπωμωμοκότες ἐτύγχανον, ἴσως ἂν ὡς εἰκὸς, παρεῖδον, θαρροῦντες τῇ τοῦ θεοῦ φιλανθρωπίᾳ τὴν ἐπὶ τῇ ἀσεβείᾳ συγγνώμην. Ἐπεὶ δὲ κατὰ τῆς τοῦ βασιλέως ὀμωμόκασι κεφαλῆς, οὐκ εἶναι θεμιτὸν αὐτοῖς ἐπὶ τὸν τοσοῦτον ὅρκον ἐξαμαρτεῖν. *Si quidem per Deum usu venisset, ut jurassemus, illud forte an negligere licuisset, confisos Dei clementiâ veniam impietatis impetratum iri. Sed quoniam per Imperatoris caput juratum est, à tanti juramenti religione recedere nullo modo fas est.* Cui bene Zosimus applicat ἐπίλογον hujusmodi. Τοσοῦτον ἐσφάλλετο ὁ νοῦς τῶν τότε τὴν πολιτείαν οἰκονομούντων, θεοῦ προνοίας ἐστερημένων. *Usque adeo cauta mens illorum erat, qui Dei curâ destituti Rempublicam id temporis administrabant.* Ita Zosimus hypocrisin Christianorum, ipse paganus, haud immerito insectatur. Etsi nec abhorret ab illo discrimine, quod Alexander Imperator Felici rescripsit; *Jurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet. Periculum autem corporis, vel Majestatis crimen, secundum constituta Divorum Parentum meorum, etsi per Principis venerationem, quodam calore, fuerit pejeratum, inferri non placet l. 2. C. de Jurejur.* Ubi quod per Principem fit, tanquam majus nefas & crimini Majestatis propinquius designatur. Quo autem Justiniani tempore superstitiosa Cæsareæ Majestatis reverentia decresceret, expectandum non erat, dum illum sibi adscribentem videmus divinum os *l. 1. §. 6. C. de Vet. jur. enucl.* Numen *l. 2. C. de Off. Mag. Off.* Consulta cœlestia *l. 8. C. de off. Rect. Provinc.* Statuta cœlestia *l. 80. C. de Murileg.* imo quod majus, *Adorari suam æternitatem*, dicere non vetitum esse videmus in *l. 2. C. de Fabricens.* Præ quibus, hic sane locus excusationem summo jure mereri videatur. *Hæc ad excusationem, non ad defensionem hujus textus.*

Ulpianus lib. XXII. ad Edict.

Divus Pius jurejurando, quod propriâ superstitione juratum est, standum rescripsit l. 5. §. 1. d. Jurejur.

1. Antiquis Interpretibus usque adeo absurda hujus loci Positio visa est, ut multæ Pandectarum editiones negativam receperint, *non esse standum* jurejurando propriâ superstitione præstito. Nam *in principio hujus Legis ipsius* scriptum est, prætorem tueri debere jusjurandum *licitum*; Cui si tu subjicias, quod propriâ superstitione juratum est, cum non sit licitum, eo non esse standum: ex hoc contextu negativam prope necessariam demonstraveris; maxime, si jungas §. 3. *h. l. Sed si quis illicitum jusjurandum detulerit, scilicet, improbatæ publicè religionis, videamus, an pro eo habeatur, atque si juratum non esset: quod magis existimo dicendum.* Hæc à Priori & posteriore negativam flagitare videntur. A Florentinâ tamen lectione recedere durum est; siquidem alius detur exitus; de quo commentatores quos habemus textuales minus esse solicitos, miror, excepto Fabro, in cujus tamen expositionibus pedem figere non possum. Magis adducor, ut credam, superstitionem propriam non esse intelligendam de formâ jurandi publicè improbata; sed de modo jurandi non quidem prohibito, at tamen insolito, & qui opinione necessitatis fit superstitiosus. Ita forma apud nos recepta est, ut sub-

sublatis duobus prioribus manus dextræ digitis juretur: si quis putet, sibi non licere jurare, nisi manu pectori admotâ, vel Evangelio imposita, vel genubus flexis, oculisve clausis, vel adjectis quibusdam verbis insolentibus quidem, non tamen illicitis, his & ejusmodi casibus valebit jusjurandum. Quod si delatum sit, formâ jure publico improbatâ, valere non poterit, quia nemo potest facere, quominus leges in rebus à se gestis valeant, & quod Legibus repugnat, ipso jure nullum est *l.* 5. *C. de LL.* Quid ergo, an si Mahometano delatum sit jusjurandum, isque super Alcoranum juraverit, hoc jurejurando non obligabitur? Atqui Abrahamus admisit juramentum Abimelechi, jurantis per falsos Deos *Genes.* 21. *v.* 31. Et Jacobus cum Labano commutavit jurisjurandi fidem, per Deum Abrahami partim & Deos Nachoris *Genes.* 31. *vers.* 51. Atque huc Antonius Faber refert hanc *l.* 5. §. 1. putans specialiter, Antoninum Pium per superstitionem propriam intellexisse Judaicam vel Christianam, quæ ipsis superstitio videbatur, quod ab Ulpiani stylo non est alienum, qui Christianos vocat impostores in *l.* 1. §. *Medicæ d. Extraord. cognit.* & per Judaicam superstitionem, Christianos designat *l.* 3. §. *ult. d. Decurion.* Sed horum religio sub Antoninis æque fuit improbata publicè quam nobis est Mahometana. Quid denique de sectis Christianorum hodiernis dicemus? Protestantes à Pontificiis, & hi ab illis publicè improbantur; An juramenta secundum cujusque religionem præstita, in locis diversæ professionis nullius momenti erunt? Ita parum abest, quin jurata fides inter populos Christianorum penitus aboleretur. Res non caret difficultate. Videtur autem hoc modo; Jure Gentium valet jusjurandum, per omne quod pro Numine à jurante habetur, inter consentientes: sed Lege Civitatis rectè statuitur inter cives non esse jurandum, per id quod publicè improbatæ religionis est; ut tamen non quælibet adjectio superstitiosa, pro illicitâ habeatur. Jusjurandum per Mahometem, per Aly Persarum, per omnes Sanctos apud Protestantes non valebit. Sed per Deum, simul & per Virginem Deiparam, perque sanctos valiturum videtur inter consentientes; Consensus enim requiritur, etiam in licitis formulis *l.* 5. *l.* 33. *h. t.* ne dicam, Justiniani jam tempore, superstitiosas adjectiones fuisse receptas, ut *in Nov.* 8. *in fin.* ubi formula jurandi præscripta Magistratibus. Ὄμνυμι ἐγὼ τὸν Θεὸν τὸν παντοκράτορα, καὶ τὸν υἱὸν αὐτοῦ τὸν μονογενῆ Ἰησοῦν Χριστὸν τὸν Θεὸν ὑμῶν, καὶ τὸ ἅγιον πνεῦμα, καὶ τὴν ἁγίαν ἔνδοξον θεοτόκον καὶ ἀειπαρθένον Μαρίαν, καὶ τὰ τέσσαρα Εὐαγγέλια, ἃ ἐν ταῖς χερσί μου κρατῶ, καὶ τοὺς ἁγίους Ἀρχαγγέλους Μιχαὴλ καὶ Γαβριήλ. *Juro per Deum omnipotentem & filium ejus unigenitum Jesum Christum Deum nostrum, & Spiritum sanctum, & sanctam gloriosam Deiparam, semper Virginem Mariam, & quatuor Euangelia, quæ manibus meis teneo, & sanctos Archangelos Michaëlem & Gabrielem.*

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Si duo Patroni essent, & libertus, altero deferente, jurasset, se libertum ejus non esse, utrum alteri totius debitæ patronis portionis, an vero dimidiæ eis partis

bonorum possessio competeret: Et ait, si is, cui juratum est, patronus fuisset, alteri suæ partis bonorum possessionem competere. Nec ei prodesse, quod adversus alterum libertus jurasset. Multum tamen fidei & auctoritatis apud judicem patronum habiturum, quo magis solum se patronum probaret, quod libertus jurasset, alterum patronum non esse l. 13. *d. Jurejur.*

1. Hunc locum esse vitiosum, & corrigendum, censet Anton. Faber, eumque reformat è vetere vulgata & Florentina editione, quæ nunc vulgata est. Varietas est in his verbis; *Utrum alteri totius debitæ patronis, an vere dimidiæ debitæ eis partis bonorum possessio competeret.* Pro quibus vulgata vetus ita legebat; *Utrum alteri ante sibi debitæ portionis, an verò dimidiæ debitæ ei suæ partis bonorum possessio competeret.* Hanc Faber lectionem præfert, deletis his verbis, *Ei suæ*, quæ crucem fixerint Azoni & Accursio. Sed mihi nulla causa recedendi à lectione Florentinâ, cujus sensus optimè se præbet, esse videtur. Patronis debetur antiquo jure pars dimidia bonorum, quæ liberti ab intestato reliquerint; si duo essent, his pariter dimidia scilicet, *l.* 10. *in pr. l.* 34. *d. Bon. libert.* Mortuus est libertus, qui duos habuerat Patronos, contra unum juraverat, se non esse illius libertum: Ideoque jus suum ille per delationem jurisjurandi amiserat. Hinc quæstio bimembris proponitur; Utrum alteri, contra quem non est juratum, detur petitio totius portionis, quæ patronis debebatur, quasi altero amoto; an verò dimidia saltem pars illius portionis, quæ in concursu cum altero patrono, & citra jusjurandum debebatur, peti possit. Respondetur, si is contra quem juratum est, verè patronus fuisset, ei sua pars debetur, & sic alter suam modo dimidiam petet, quæ prius competebat. Nam juramentum ab altero delatum liberto, & ab hoc præstitum, non prodesse tertio, sed inter eos tantum, qui consenserunt, valere *l.* 9. *§. ult. & l. seqq. h. t.* Si vero non fuerit Patronus ille, contra quem juratum est, tum scilicet alter integræ portionis habet petitionem, & quidem in dubio secundum jusjurandum præsumetur. Hæc est sententia textus Florentini, nullum vitium idonei sensus, nec ideo emendationis necessitatem continens. Faber ait; Prima pars quæstionis non est, de totâ portione patronis debitâ, sed de parte debitâ, antequàm alteri patrono juratum esset, id est, de dimidiâ partis dimidiæ bonorum liberti. Sed ego non magis video rationem hujus adsertionis, quam Faber ullam adducit. In diversum, quod prima pars quæstionis sit de tota portione Patronis debitâ, ex bonis liberti, manifestum est è specie à nobis subductâ, cum verbis hujusce textus collatâ. Observandum est interim ex hoc loco; Quod dicitur, postquam juratum est, non quæri amplius de veritate rei de quâ juratum est, sed tantum an juratum sit, §. 11. *de Action. l.* 5. §. 2. *l* 9. §. 1. *d. Jurejur.* hoc solummodo habere locum inter eum qui detulit jusjurandum & qui non juravit; Respectu tertii locum adhuc esse quæstioni de veritate negotii principalis.

Pau-

Paulus Lib. XVIII. ad Edict.

Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus ætatisve sit; Omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit, quamvis pupillus non videatur pejerare, quia sciens fallere non videatur l. 26. in pr. d. Jurejur.

1. Autumnus: Justa non est, *ait*, sententia Pauli: Nam jusjurandum majorem habet auctoritatem quàm res judicata *l. 2. d. tit.* Atqui, ne Judices sint, impediuntur surdus, mutus, perpetuo furiosus & impubes, quia judicio carent *l. cum Prætor d. Judic.* Quod si Pupillus, quia sensu caret non possit esse judex, nec arbiter *l. sed si d. Recept. qui arb.* qui fieri potest, ut Jusjurandum à pupillo præstitum habeat auctoritatem rei judicatæ? Deinde, Pupillus non habet legitimam personam standi in judicio. At, qui non compelluntur judicium accipere, nec jurare compellendi sunt *l. Tutor. §. qui cum h. tit.* Hactenus Autumnus. Et his omnibus accedit, quod Ulpianus disertè scribit, Pupillo non deferri jusjurandum *l. 34. §. 2. h. t.* Quomodo igitur non interest, cujus ætatis sit, is, cui defertur juramentum? Denique, contraria se mutuo arguunt; Qui pejerare non potest is nec jurare posse dicendus est. Atqui non videri pejerare posse pupillum, ipse Paulus hic indicat. Quâ in re igitur consistit usus jurisjurandi, si nunquam de perjurio quæri possit?

2. Satis graves, ut videtur, objectiones, quæ tamen usu rei bene perecepto, evanescent. Agitur hic de jurejurando, quod quis adversario litis decidendæ gratiâ defert, hoc modo; Si jures, me tibi debere, ego solvam: Vel, si jures, te non debere, ego te missum faciam. Sic ait creditor ad pupillum; Et hic jurat sibi deberi, vel se non debere. Fiat ergo, quod alter dixit, ut solvat, vel missum faciat pupillum. Jusjurandum enim transactionis vim habet *l. 2. h. t.* Si jam dicat, Pupillus non habet personam jurandi & in judicio standi; frustra, cum res integra esse desierit, hoc proferet ille, qui jusjurandum detulit; Agnovit enim hactenus personam pupilli. Dixit, si tu jures, ego tibi solvam, vel non petam. Factum est, juravit pupillus, impleta est conditio; Faciendum igitur, quod dixit, se facturum, si pupillus juraret. De religione, de facultate pupilli non quæritur, sed de præjudicio, quod sibi fecit, is qui detulit jusjurandum, unice quæritur: hoc ille per incapacitatem pupilli non potest amoliri. De hac videndum erit, si contingat ipsi pupillo jusjurandum deferri, ut exinde causæ decisio pendeat; atque ut pupillus hoc vel præstare, vel referre cogatur. Jam rursus ex Ulpiano dicemus; Pupillo jusjurandum non defertur, ut in ejus præjudicium valeat delatio; quia non intelligit vim jurisjurandi; nec ab ejus jurejurando lis magis pendere debet, quàm à judicio furiosi. Sic omnia, quæ mota sunt argumenta corruunt, nec Eunomiæ quicquam imputari potest. Improbat illa jusjurandum pupilli; Verum, si quis paterfamilias adeo stultus fuerit, ut à facto jurandi, quod à pupillo exegit, jus suum suspendat, habet, quod sibi imputet. Jus Civile nihil probat, quam ut ille teneatur è facto voluntatis suæ, à sciente volente commisso. Quod huic expositioni obstare videatur, id in *Prælect. ad h. tit.* removimus. Ul-

Ulpianus Lib. XXXVI. ad Edict.

Jurare autem in infinitum licet. Sed an Judex modum jurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arreptâ occasione in immensum juretur, quæro. Et quidem in arbitrio esse Judicis, deferre jusjurandum, nec ne velit, constat. An igitur, qui possit jusjurandum non deferre, idem possit & taxationem jurijurando adjicere, quæritur. Arbitrio tamen bonæ fidei judicis, etiam hoc congruit. Item videndum, an possit Judex, qui detulit jusjurandum, non sequi id: sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam juratum est. Et magis est, ut ex magna causâ & postea repertis probationibus possit. l. 4. §. 2. & 3. d. In lit. jur.

1. Non immerito pragmatici plerique Jusjurandum hoc, hodiernis moribus improbatum & abolitum esse tradunt. Quid enim hoc; *jurare in infinitum licet?* Sic res est; Usum habet hæc jurisjurandi species, quando res per dolum aut contumaciam possessoris, ei, ad quem pertinet, non restituitur; Tunc in ejus rei æstimationem ille condemnatur, quam actor suo jurejurando taxaverit, idque non secundum veritatem, sed in infinitum. Sive enim admittenda sit distinctio hujus Jurisjurandi, quod sit aliud Veritatis, aliud Affectionis, sive rejicienda; quod nos probamus, ex *l.* 2. §. 1. *h. t.* ubi opponitur æstimatio, quæ fit per hoc jusjurandum, ei, quâ solum id quod verè agentis interest spectatur; utraque sententia, per hoc juramentum vel semper aut aliquando, supponit, æstimationem ultra verum rei pretium fieri. Quomodo autem hoc defendi potest, si non illis veterum impiorum dictis, *Lingua juravit, mentem injuratam teneo?* Quid absurdius, quàm Legis auctoritate confirmari jusjurandum ultra rei veritatem, idque in infinitum? Nec est, σφόδρα φάρμακον in sequentibus, ubi infinita pejerandi licentia judicis officio restringitur, ne scilicet in immensum eat jurata taxatio. Nec enim prohibetur ita excessus veritatis, sed ne ad insaniam nimisque longè negotii modum perfidia transcendat. Non possunt hæc sine scandalo à Juris imperitis audiri. Et habeat Theologus aliquanto justiorem reprehensionis causam in hoc articulo, quam habuit Amesius in actionum bonæ fidei & strictis juris divisione damnanda.

2. Dicamus quod res est & absolvamus Eunomiam. Qui agit in id quod interest simpliciter, is nihil quàm quod verè sibi abest, lucrum cessans & damnum illatum petit. Sed cui res dolo & contumacia Rei non restituitur, hic non ipsius rei tantum, sed & affectionis suæ rationem habere potest. Vas sit fictile, tribus assibus dignum, quod à caro amico amicâve, aut à majoribus meis profectum, ego tribus aureis carere nolim Vel sit effigies alicujus è majoribus meis, fumosa, detrita, exesa, quæ non valeat sestertium communiter; ego centum aureis redimerem: Si possessor dolo malo perdiderit aut contumaciter reddere nolit, in eoque perseveret, aut jam fecerit, ne restitui possit, lex mihi concedit, eam rem æstimare, non pro vulgari pretio, sed affectione meâ; sic tamen ut ego verè sincerè, animum ita inducam, nec calumniâ affectionis ani-

animum havarum tegam, quod Lex minime probat: non poteſt quidem Lex, aut Judex certos juraturo præſcribere terminos; ſed hoc ejus conſcientiæ relinquit. Hactenus igitur pax Eunomiæ!

3. Sed alia eſt Cenſura, quam Antonius Faber intentat Triboniano; quem adfirmat totum hunc textum *ſuperius* deſcriptum, à verbis, *ſed an Judex*, à ſe confectum & confictum Ulpiani ſub nomine publicaſſe. Cur Willembachius noſter Emblematum Fabrianorum nullam rationem habuerit, in opere ſuo, de *Emblematibus Triboniani*, ſcio tactum eſſe, quod nomen ejus odiſſet, facilius credens Bachovii invectivis, quam ſuæ lectioni, quam curæ non habuit adhibere. Sed Fabri ingenium ſine dubio fuit elegans, acre, magnum; adde, ſi placet, audax; quâ parte ſæpius eminet. Et hic, niſi fallor, ejus eſt ſpecimen: Sæpe dixi, Tribonianum paucis aliquando dictis, ad veterum ſcripta adſutis inflexiſſe jus antiquum ad uſum ſui temporis; nec alia ſunt quæ Willembachius aliique illi imputant. Sed Faber ingentes aliquando periodos, imo Leges integras, ab ipſo conſcriptas, ſub antiquorum nominibus, in Pandectas eum retuliſſe criminatur. Vellem *cum risu* Fabri cenſuram perſequi: ſed abſterret me prolixitas Rationalium Fabrianorum; & quia me ſpero non ſubſtiturum cis Librum XVIII. Pandectarum, quoad uſque ille quatuor ingentia volumina implevit; exitum ob oculos habens, mihi & Lectori conſulam. Dabo paraphraſin hujus loci, cujus adſtructa concinnitate, Fabriana ſpicula retundi poſſe confido.

4. Jurare *in infinitum* licet ei, cui delatum eſt hoc jusjurandum; non ſenſu ſcholaſtico philoſophantium, accepto *Infinito:* nec pro *indefinito*, ut illi rurſus; cum hoc etiam ſit amplius quam *infinitum*, quia præpoſitium DE auget ſignificationem in compoſitis: ſed populari & Civili ſenſu, pro *indeterminato*, ſicut Juſtinianus; Heredes inſtitui poſſe, quot Teſtator velit, *uſque infinitum* §. 4. *Inſt. de Her. Inſtit.* Quod non eſt modicum neque certum, vocatur *infinitum l.* 182. *d V S.* plura loca vide apud Briſſonium *in Lexico*. Ubi tamen nonnulla, quæ à philoſophico uſu non abhorrent; ut fatendum, in voce *Infiniti* eſſe quendam, non habendi finem, conceptum; qui magis adhuc eſt in *Immenſo:* quâ voce nonniſi quod enorme, modum excedens omnem exprimi ſolet, nec ad mediocritatem ita, ut de *infinito* ſæpe fit, admovetur. Hinc Juris Conſultus, ad occupandam immenſi abſurditatem, movet quæſtionem, an judex modum jurijurando ſtatuere poſſit; ad quam ita reſpondet, ut Ulpiani acumine dignum eſt, neque verbis quicquam inſolens præferentibus: primo quod indubitatum, ponendo; habere judicem utique poteſtatem deferendi hoc jusjurandum, vel non deferendi. Hinc infert, ab eo quod majus eſt, conſequens minus, etiam poſſe reſtringi, id quod omnino poſſit negari. Et ex poſtfacto, detecta improbitate æſtimationis enormi, reum vel minoris condemnari, vel omnino poſſe abſolvi.

5. Faber arguit locutionem *deferre jusjurandum nec ne, conſtat*; dicendum fuiſſe, *deferat jusjurandum, necne.* Ego; dicendum erat; *Deferre oporteat, necne.* Sed τὸ *oporteat* abſorptum eſt ab Ulpiano, compendii cauſa, ſoliti Juris auctoribus. Falſum ait eſſe Faber, Judicem deferre vel non deferre poſſe jusjurandum, cum ex neceſſitate juris præſtetur *l. ult. h. t.* & Judicem id deferre o-

porteat *hac l.* 4. §. 1. Certe, positis omnibus ponendis, necesse habet judex id deferre; necesse etiam absolvere quamvis innoxium, non damnare sontem. Nec tamen in ejus potestate non recte dicitur esse, absolvere vel condemnare, prout ipsi *videtur*; quod verbum in sententiis adhibebant veteres: In Thesi Judex ad officium suum tenetur; In hypothesi habet potestatem in sequius. Stultitiæ quoque verba hæc, *Arbitrio bonæ fidei judicis*, arguit Faber; quia non tantum in bonæ fidei judiciis, sed & maximè in Arbitrariis, veluti in Rem actionibus in litem juretur: Quod negari non potest; sed agitur in hac Lege de Tutelæ judicio, quod cum bonæ fidei sit, judex in hac specie, non ab omni ejus officio suo, *bonæ fidei* dictus est. Iterum *Faber*; Jusjurandum in litem defertur à Judice per sententiam, quâ condemnetur reus in tantam quantitatem quantam actor in litem juraverit. Quis patiatur, judicem eundem, qui latâ sententiâ judex esse desierit *l.* 55. *d. Re Jud.* suam ipsius retractare sententiam; quod, detectâ licet jurantis improbitate, citra appellationem non liceat? idque firmat per *Auth. l.* 15. *C. de Judic.* ubi, *post jusjurandum delatum & præstitum, non licet judici amplius taxare, nec minus quam juratum fuerit, condemnare.* Mirum & indignum, nec verisimile est, Tribonianum Juris peritissimum & Antecessores, ejus Collegas, si auctores hujus legis fuerint, ut vult Faber, miscuisse jus, quod tractabant, ut cum notissimo judicis officio & quotidianâ Fori tritura nullo modo conveniret. Ut per tot secula duraverit hoc jus, nec usu duntaxat comperta sit ejus absurditas & perplexitas. Scilicet delationem jurisjurandi in litem per sententiam definitivam esse factam statuit & supponit Faber. Ego vero, cur judex aliter quam per interlocutionem, jusjurandum detulerit, nihil causæ video; imo pro certo id habendum puto, cum quod à judice dicitur injungi & deferri, sine mentione sententiæ, id ad progressum litis, potius quam ad sententiam, ubi hoc inquam non memoratur, sit referendum, etsi Faber Sententiam fidenter adfirmat esse definitivam, sed non probat. Atqui sic omnis hæc argumentatio, quâ tam prolixus est Faber, evanescit. Nam si constaret, esse definitivam, aliter respondendum foret, ut Accursius etiam indicat. Authentica vero *post jusjurandum*, loquitur de jurejurando pœnæ causâ à Lege inflictâ contumaciæ, non sistentis se judicio, cum vocatus esset, quam à judice minui pœnam, ne Lege clementior adfectet esse, vetat Imperator. Si hoc de jurejurando in litem ita præcise traditum esset, ut non est, idem ibi foret observandum. Continuabitur hæc materia *ad legem sequentem.*

Marcianus Lib. IV. Regular.

In actionibus in rem, & in ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem juratur. Sed judex potest præfinire certam summam, usque ad quam juretur: Licuit enim ei à principio nec deferre. Item &, si juratum fuerit, licet judici vel absolvere vel minoris condemnare l. 5. *in pr. d. In lit. jur.*

1. Antonius Faber; Hæc adjectio, à verbis, *sed judex*, usque ad vers. *sed in his omnibus*, tota est, inquit, à Triboniano; sicut & quicquid in legibus no-

nostris scriptum est, de taxando ad certam summam jurejurando in litem, sive quid præstandum sit, sive præstitum, ut in *l. arbitrio* §. 1. *d. dolo mal. l.* 3. §. *Praeterea Ad Exhibend. & alibi.*

2. Jurare namque olim licebat in infinitum & fine ulla taxatione, inquit, & hoc probat ex *l.* 68. *d. Rei Vind.* quam tamen alibi totam à Triboniano esse contendit, ut vidimus *ad d. l.* 68. ubi vindicavimus Legem à Fabri argutiis, & sententiam ejus convenientem cum *præcedenti l.* 4. §. 2. defendimus; nisi quod de verbis, *sine ulla taxatione*, laboretur; quæ spuria esse conjecimus: Etsi Accursius & vulgò distinguunt inter taxationem à lege & à judice factam. Certe infinitum non omnino alienum esse à termino quoad usque, docet inter alia lex 16. §. 4. *& 6. d. Pignor*, ubi possessor hypothecæ creditori condemnatur, quanti in litem juraverit neque tamen ad plus in eventu damnandus est, quam creditori debeatur. Non est igitur, quod Fabro tantam interpolandi licentiam concedamus, ut tot loca, quot ille super hoc uno argumento notat; à Triboniano corrupta statuamus.

Ulpianus Lib. xxvi. ad Edict.

Si parendi conditioni causâ, tibi dedero decem, & mox repudiavero hereditatem, vel legatum, possum condicere l. 1. §. 1. *d. Condict. caus. dat. non sec.*

1. Non convenire hanc positionem cum æquo & bono, censet Autumnus, in *Censurâ ad hunc loc.* Quia decem ex voluntate testatoris accepta sunt; Proinde cum per te stet heredem, quo minus hereditatem vel legatum consequaris, non debet esse locus condictioni. Sed quod Ulpianus hic docet, idem Paulus ejus æqualis & æmulus adfirmat in *l.* 56. §. 3. *d. Condict. Indeb.* ubi, *Etsi hereditatem adire nolui, vel non potui.* Habent hanc rationem, quod decem illa data fuerint, hac ratione, quatenus hereditas cum effectu acquireretur; eâque cessante causâ, nihil impedimento esset, quo minus, id quod erat penes alterum, causâ non sequutâ secundum hujus condictionis proprietatem, repeteretur. Atqui potuit hereditatem retinere, subjicit Autumnus, Imputet sibi quod repudiaverit. Quasi ab herede postulandum esset, ut hereditatem adiret damnosam; aut si libertate repudiandi, quæ legitima est, uteretur, ideo, quod hoc respectu dedisset, id amitteret, ac ita mulctaretur quia jus suum exercuit. Denique, conditionem implendo non acquirit heres extraneus hereditatem, sed hanc novo actu animi, re aut verbis declarato, adhuc acquirere debet *l.* 13. *l.* 26. *d. Condit. Instit.* Quo non subsequuto, cessat manifestò causa, propter quam dederat. Et sic æquitas hujus repetitionis secundum id, quod tacite contrahentes egisse videntur, habet locum, nec is qui accepit, lucrum è causâ nullâ meritò adfectat.

2. Heredem scilicet, extraneum esse intelligendum, monet Accursius, & liquet arg. §. *ult. Inst. d. Her. qual.* Quod an aliter in suis heredibus obtineat, controversum est inter Accursium & Bartolum. Ille suum heredem amittere beneficium abstinendi, Bartolus contra, putat: Accursio plerique recentiores ad-

adsentiuntur, in quam partem late disputat *hic* Anton. Faber, qui errorem Bartoli non minus *à palatiis, quàm à scholis profligandum* censet. Etsi de Curiis ego quidem dubito, an plerique discrimen illud antiquæ subtilitatis sit placiturum. Imò & è legibus explicitam desidero probationem. Textus enim qui proferuntur, nihil habent, quam suos heredes, ipso jure, etiam ignorantes, acquirere hereditatem *d. §. ult. Inst. de Hered. qual. & diff. l. 8. l. 14. C. de suis & legit. hered.* Abstinendi verò beneficium, quod habent à Prætore, miscendo se rebus hereditariis amittere *l. 1. §. 5. Si quis om. caus. Test. l. 12. l. 57. d. Acquir. hered. l. 30. §. 10. d. Fideicommiss. hered.* Unus est textus hac de re agens *in l. 5. d. Cond. & Demonstr.* quem urgent inprimis; In eâ sic ait Paulus; *Conditionibus pupillus & sine tutoris auctoritate parere potest; Nec quem moverit, quod expletâ conditione, necessarius heres aliquando esse potest; nam hoc jure potestatis fieri, non conditionis expletæ.* Quæ verba non videntur hoc; quod illi volunt, probare, sed potius contrarium. Non ait Paulus, suum heredem, expletâ conditione, hoc ipso fieri necessarium heredem *sed posse fieri*, quod nihilo secus in extraneo herede fuerit, qui non potest hereditatem acquirere, nisi prius adeat, nec adire, nisi impletâ conditione *l. 67. §. 7. Ad SC. Trebell.* Quando autem filiusfam. fit heres, id non fit vi conditionis expletæ, ait Paulus, diserte, sed jure potestatis; quæ tamen potestas sola non potest effectum rei tribuere, nisi per immixtionem in rebus hereditariis, quæ non aliter fit, quàm aditio fieri solet ab extraneis, declaratione speciali, vel pro herede gerendo, aut aliquid amovendo *d. l. 12. d. l. 57. d. Acquir. hered.* Enimvero filium heredem esse, conditione impletâ, satis constat: non æque, illum hoc ipso amisisse beneficium abstinendi, quod Prætor suis & necessariis dat heredibus, in hunc usum ut eodem effectu libertatis, suscipiendi hereditatem, gaudeant, quo utuntur extranei, ut constat è locis *suprà* adductis. Unde, cur minus hoc conditionis impletæ respectu statuendum sit, ego quidem non magis video, quam Bartolus admisit. Forte occurret alibi hac de re amplior agendi occasio. Censuram sanè hujus loci, sive ad extraneum heredem solum, sive etiam ad suum pertineat, etsi Belga censor & Abrogator adstipulatur Autumno, nihil meritò moramur.

Ulpianus Lib. xxvi. ad Edictum.

Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere; aut si me pœniteat, condicere possum. Quod si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas, si nondum tempus præteriit, adhibenda erit repetitio, nisi pœniteat. Quod si pœniteat, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti quod datum est, possit? Proculus ait; si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse; si minus, cessare. Quinimo &, si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuit tamen ut darem, ultro tibi competere actionem, qua ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem, defuncto quoque eo l. 3. § 2. d. Condict. caus. dat. non sec.

1. Censura hujus loci prima est in hanc positionem; Quod in contractu Do ut facias, pœnitere liceat, & quamdiu alter non fecit, revocare quod datum est,

est, sine ullâ causâ, nisi quod dans mutavit consilium, *b. l.* 5. *in pr. & pass. b. t.* quod videtur esse contra naturam contractus & synceritatem fidei datæ. Nam sicut initio libera potestas unicuique est, habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest *l.* 5. *C. de Obligat. & Act.* Ideo plerisque visum est Pragmaticis, qui magis ad æquitatem spectant; è contractu Do ut facias inde ab initio nasci obligationem, quæ pœnitentiam excludat, ut quidem Groenewegius testatur ad *l.* 5. *b. t.* inter primos citans Hugonem Grotium *lib.* 3. *Introduct. Holl. c.* 6. *in fin. & c.* 31. *n.* 12. in quibus locis ille quidem diserte scribit contrarium; nisi nominatim pœnitentia à partibus exclusa sit; De fide aliorum quos citat, videat Lector, si cui vacat. Sed D. Schotanus in *Exam. ad b. tit.* idem, quod Groenewegius adfirmat, hac ratione, quam & ille præfert; quia moribus hodiernis ex nudo quoque pacto nascitur actio; Quid ni igitur è datione juxta conventionem facta? unde sine dubio nascitur obligatio naturalis, quæ ut conscientiam obligat, ita sine læsione Conscientiæ non videtur, altero invito, posse retractari.

2. Hanc difficultatem variè amoliuntur Interpretes. Antonius Faber ad hanc *L. Verbis, Aut si me pœniteat. Contractus innominati,* inquit, *non perficiuntur, nisi implemento ex utraque parte secuto: Et ideo quamdiu secutum non est ex parte tuâ, cum decem tibi dedi, ut Stichum manumittas, potest me pœnitere, quia contractus nondum perfectus est.* Sed hæc Fabri interpretatio repugnat Ulpiano, qui ex Aristonis sententia, tali specie, quando quis dedit rem, ut alius quid faciat, inde nasci civilem obligationem, ad hoc, ut ille faciat, quæ est præscriptis verbis actio adfirmat, quemadmodum si quis fecerit id de quo convenerat, etsi alter non dederit, actio illi datur, ad hoc, ut detur *l.* 15. *d. Præscr. verb.* & notum est, præscriptis verbis actionem ad hoc imprimis esse comparatam, ut contractus ab una parte impletus dando vel faciendo ab alterâ quoque parte impleatur: Quod urgeri non posset, si facto vel datione ab una parte præstito, contractus nullo modo perfectus esset. Dicendum igitur contractus Innominati perfectionem in hoc consistere; quod implemento ab unâ parte præstito, detur actio ad alterius partis præstationem.

3. Aliam init rationem Mæstertius in *tract. de Just. Leg. Rom.* qui ex ipso Jure Romano contractus innominatos inde ab initio utrumque tam validè obligare contendit, ut nec ei qui dedit, antequam alter dederit, vel fecerit, pœnitere liceat, *cap* 37. & 38. nec esse in eâ re differentiam inter nominatos & innominatos Contractus; sed in utrisque id observari, ut in iis, qui unius in gratiam initi sunt, quatenus alterius non interest, alteri semper revocare liceat contractum, ut in Deposito, Societate, Mandato similibusque demonstrat; ingenti verborum & textuum apparatu nihil agens, quàm ut durationem contractuum, cum ipso synallagmate & vinculo obligationis confundat; hoc enim statim partes ad effectum actionis ligat in perpetuum. Sed duratio in usu mutuo, juxta cujusque negotii naturam variat, quibusdam brevi & uno actu transeuntibus, ut est emptio venditio: plerisque tractum temporis habentibus, ut Locatio Conductio, Mandatum, Societas: Ex cujus varietate durationis, perfectio Contra-

ctus semel commissa non suspenditur. Nec si quis usum contractus abrumpere possit, idcirco tollere potest obligationem. Id equidem verum est, Contractus, qui unius in gratiam ineuntur, re adhuc integrâ, posse revocari; sed Contractus innominati, Do ut des, Do ut facias, facio ut des, & Facio ut facias, in utriusque gratiam & utilitatem manifesto contrahuntur, ut hæc quidem distinctio illis applicari non possit.

4. Quid ergo? Cum in Emptione Venditione, Locatione Conductione, non liceat rem, pretio licet vel mercede necdum solutis, repetere; cur quod datum est, ut fiat, antequam fiat, repeti potest? idemque in cæteris Innominatis quæritur. Cur non æquè in his agendum est ad implementum & præstationem alterius partis, quam ad revocationem ejus quod ab unâ parte jam datum est? Videtur hæc esse ratio, quod hi contractus sint rariores & minus necessarii, quam Emptio Venditio, Locatio Conductio & cæteri Contractus, qui ab usu illo frequente Nomina adepti sunt. E quorum retractatione tam facili, commercium, & vita communis turbarentur; Cum alioqui non sit à ratione vel jure naturali alienum, Civibus hanc indulgere libertatem, ut qui à sua parte Contractum aliquem implevit, si alter nihil adhuc vicissim egerit, à se quoque datum repetere possit: modo non specialiter id actum sit, quod rectè Grotius excipiebat, ne pœnitere liceret. Istam libertatem visum est relinquere in hisce contractibus Innominatis. In quibus contrahendis id tacite egisse videntur, si nihil, inquam, aliud expressum fuerit; ut is, qui primus daret, quamdiu alter vicissim non dedisset, fecissetve, datum à se repetere posset. Hæc ratio videtur huic parti Censuræ satisfacere, tametsi Faber multa nimis acute in diversum & in infinitum. An autem pro hypothesi moris hodierni, quo pactum parit actionem, aliud obtinere dicendum est? Non videtur. Nam qui fidem dat absolute, non habet rationem jus alteri acceptatione quæsitum auferendi. Sed qui promisit cum respectu facti vel dationis ab altero vice mutuâ præstandi, quamdiu hic nondum fecit aut dedit, nihil auferre videtur alteri, quando rem suam repetit, alterumque à dando vel faciendo liberat, si lex ob publicam utilitatem commerciorum non intercedat: quemadmodum in contractibus innominatis est constitutum. Adde sis D. Wissenbachium *ad Tit. π. de præscr. verb. n.* 10.

5. Sed est aliud in hunc locum Censuræ argumentum. Ulpianus ait; si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerit tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, id est, condictionem defuncto eo, qui manumittendus erat. Quam sententiam Antonius Faber non putat defendi posse; quia tale placitum de dando nihil est, quam nudum pactum, unde non datur actio: Et contractus innominatus à dando aut faciendo habet initium, nec prius est perfectus, sicut utrumque discimus ex *d. l. 7. in pr. & §. 1. d. Pact.* Nec enim Dabo ut facias, sed Do ut facias est contractus innominatus. Multo minus quam illud, ferre se posse Faber ait, quod Ulpianus adfirmat, eo casu, quo nihil datum est, nasci condictionem; Siquidem ei, qui à suâ parte contractum implevit, adversus alterum, qui nihil dedit aut fecit, datur actio præscriptis verbis, in id quod interest, non condictio. Et hæc datur ei, qui dedit, si pœniteat. *l. 1. in fin. d. Rer. permut. l. 5. §. 1. & sequ. d. Præscr. verb. l. 4. 5. 6. C. de Rer. permut.* Proinde falsam hujus

hujus versus sententiam, post longam inquisitionem, & à manu Triboniani esse, durat adserere Faber, refutatis quæ Glossa aliique protulerunt. Si potest fieri, ut conditorem Juris, Justinianum, qui toties in personâ Triboniani vapulat, imputatis flagitiis ita eximamus, ut ne Artis honos veritati præjudicet, demus id operam, censeo.

6. Placuerat ut decem dares, quo ego Stichum, quem alioqui distracturus eram, hoc enim ponendum est; intra certum tempus manumitterem. Is ante tempus est mortuus; Actio tamen ultro mihi competit, in id quod interest mea, quoniam si tu mihi non promisisses decem, ut servum manumitterem; ego illum distraxissem. Id quod interest enim supponit hoc, quod alioqui servum distracturus fuissem; ut rectè observat Accursius ex *l.* 15. §. 4. *h. t.* etsi Faber multis contra nitatur. Sed cum actio nascitur ex Dabo ut des, quod est pactum; actionis incapax. Dixerim ita; Pactum dandi, ut fiat aut detur, fit contractus innominatus, ubi ab alterutrâ parte impletus fuerit dando vel faciendo; Tunc enim est do, ut facias; vel facio, ut des. Ita servo manumisso, in hac specie fuisset contractus innominatus: Eodem mortuo ante manumissionem cum vendere eum distulissem, perinde habendum est, ac si manumisissem; saltem ut id quod interest petam ratio summa dictat. Excedit quidem hæc res ordinarios contractus innominati terminos: sed est hoc genus ejusmodi, ut varias causarum figuras recipiat *L.* 1. *d. Obl. & Act.* Fatendum tamen, quod hujusmodi actio ex hoc contractu innominato ad id quod interest, certè non sit condictio, etsi hic textus ita loquitur, *mirabiliter*, ait Accursius; condictionem intelligi vult generalem *l.* 9. *pr. d. Reb. Cred.* At hanc nisi fallor, excludunt verba textus, *quæ ex hoc Contractu nascitur.* Magis est, ut putem hæc verba, *id est, condictio*, περίλυσις, inrepsisse in textum à manu imperiti notatoris, à quo ad marginem apposita in textum à descriptore conjecta sint; ne Tribonianum juris, *ut ajunt* ipsius *inimici*, peritissimum talis imperitiæ arguere necesse sit.

7. Postremò, An moribus hodiernis è contractibus innominatis sublata sit pœnitendi facultas, in *Prælect. ad h. t.* quæsivimus *sub fin.* ubi & auctoritas supremæ Frisiorum Curiæ in contrarium, & Grotii, quam suprà attigimus, & aliorum. Denique, removimus ibi argumentum à Pacto nudo, ad hos contractus applicitum atque productum *suprà in Respons. ad Schol. Thomas.* Nec causam videri à præscripto Juris Civilis hac parte recedendi, demonstratum est; ut tamen non omnes recusemus exceptiones, quas habet Brunemannus *ad l.* 5. *h. t.*

Ulpianus Lib. XXVI. ad Edictum.

Neratius etiam Libro Membranarum refert, Paridem Pantomimum à Domitiâ Neronis filiâ, decem, quæ ei pro libertate dederat, repetisse per judicem: Nec fuisse quæsitum, an Domitia sciens liberum accepisset. l. 3. §. 5. *vers. Neratius. d. Condict. caus. dat. non sec.*

Adulationis speciem hic locus præfert, dum juridice rem per σόφισμα tyrannicum jussu Neronis judicatam defendit. Testis in eâ re est Tacitus *lib.* 13. *Annal. c.* 27. *sub fin. Nec multo post*, inquit, *ereptus amitæ libertus Paris, quasi Ju-*

re Civili, non sine infamiâ Principis, cujus jussu perpetratum ingenuitatis judicium erat. Fuerat servus Domitiæ Paris ille, cui decem sestertia Pantomimicis artibus quæsita pro libertate dederat. Inde libertus ejusdem fuerat, sed conciliatus arte suâ Neroni, ingenuitatem adfectavit, vocatâque in jus Domitiâ, Principis auctoritate corruptis judicibus, ingenuus est pronuntiatus, & pecuniam, ut sine causâ datam recuperavit. Sententia tam flagitiosa, in exemplum Juris adducenda fuisse non videtur à Neratio & Ulpiano. Verum ad hoc facilis responsio sit; Alia facti, alia juris est quæstio; De facto, an fuerit Paris vere ingenuus, nec ne, Juris Consulti hoc loco non differunt; Eventum rei judicatæ, considerant, quæ pro veritate habetur, *l. 19. d. Stat Hom.* etsi Judex inique decernat *l. pen. d. Just. & jur.* Hoc supposito, fuisse Paridem ingenuum; succedit quæstio, an pecuniam, pro manumissione datam repetere potuerit; & respondent, Jure eam potuisse repeti, quia causa propter quam data erat, ipso jure nulla fuerat. In hac collectione nihil est flagitii. Facti historiam Tacitus, non Juris-Consulti tractaverunt.

2. Sed heus Nerati & Ulpiane! Domitia, cujus Paris ille fuit libertus, filiane fuit Neronis, qui tunc ipse vix erat annorum viginti? Ille ne filiæ suæ libertum eripuit, qui filiam adultam habuit nullam? & si habuisset, hæc Claudia potius, ex adoptiva nobilitate Parentis, quam Domitia vocata fuisset. Imo Tacitus ipse vocat illam, quod fuit certissime, Neronis *amitam*, & in loco *supra* collocato, *& supra eodem libro cap* 20 Mirum est, Fabrum, qui hæc de re nihil, & τριβωνιανομαστιγας, non accusare in hac re Compilatorum imperitiam, aut Criticos emendatoriâ manu duo tales Juris-Consultos in re tam celebris memoriæ à Censurâ non liberare. Credunt omnes. errorem esse. non ἁμάρτημα, sed παράγραμμα. dicit Cujacius 18 *obs. c* 33. *non peccatum, sed oblivionem* tam supinam tamen, ut pro *filiâ* legere mallem *amita*, quam credere Neratium aut Ulpianum tam enormiter esse lapsos in re notissima. Bene tamen Cujacius & longe ab ejusmodi Criticorum intemperie, qui toti in hoc sunt, ut ejusmodi, nec paulo minores memoriæ lapsus in aliorum scriptis indagatos, famosis libellorum inscriptionibus, & fictitiis erroribus, ut inde sibi nominis aliquid aucupentur, augeant.

Ulpianus Lib. XXVI. ad Edictum.

Quanquam permissum sit statulibero, etiam de peculio dare implendæ conditionis causa, si tamen vult heres nummos salvos facere, potest eum vetare dare. sic enim fiet, ut & statuliber perveniat ad libertatem, quasi impleta conditione, cui parere prohibitus est: & nummi non peribunt, sed is, quem testator accipere voluit, adversus heredem in factum actione agere potest, ut testatori pareatur. l. 3. §. ult. d. Condict. caus. dat.

Ultima verba hujus loci Faber à Triboniano statuit esse adjecta, contra juris & æquitatis rationem ex arbitrio æquitatis cerebrinæ, ut jam dicere occupavit *ad l. 8 §. 10. d. Inoff. Testam.* & *hic.* & *lib. 8. conject. c. 7.* Lector juris prudens Eunomiæ nihil metuet, si facti speciem consideret. Testator servum in diem jussit esse liberum, sub conditione, decem è peculio dandi Cajæ. Heres non

vult

vult hos nummos Cajæ solvi, verum sibi illos facere salvos; Ideoque servum dare vetat. Attamen ipsi libertatem concedere cogitur, quia ipse fuit impedimento conditioni implendæ. Sed an ita fas est heredi, circumvenire voluntatem Testatoris? minime, ut docet Lex 92. *d. C. & D.* Sed Caja in factum adversus heredem agere potest, ut sibi decem dentur. Quo nihil est sanctius & æquius. Sed, Faber, hoc repugnat consilio, prius ab Ulpiano; dato qui proinde non subjecit hoc, sed Tribonianus. Ab utro sint hæc ultima verba, nihil est æquius ad Eunomiam. Sed nec Ulpiani consilium video; Heredis lucrifaciendi propositum video; quod si comiter Ulpianus eludat, nihil absurdi commiserit. Aliter Accursius, quem vide ad *h. l.* 3. §. *ult.*

Ulpianus Lib. 11. Disputationum.

Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas: deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis, impedimento fuerit; quo minùs proficisceretis, an condici possit, videndum; & cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare. Sed cum liceat pœnitere ei, qui dedit: proculdubio repetetur id, quod datum est, nisi fortè tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam: nam si ita res se habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, jam fecisti, ut manifestum sit, te plus fortè, quàm accepisti, erogasse, condictio cessabit. Sed, si minus erogatum sit, condictio locum habebit: ita tamen, ut indemnitas tibi præstetur ejus, quod expendisti l. 5. in pr. d. Condict. caus. dat. non sec.

1. Antonius Faber hunc locum Ulpiani esse contendit, à *Princ.* duntaxat usque ad verba, *potest dici*; pro quibus tamen Ulpianum scripsisse vult, *dicendum est*. Tribonianum id sine ratione mutasse, ineptissimeque reliqua adsuisse. Quod creditu nobis difficile videtur, cum, quia sermo non degenerat notabiliter; tum, quia non possumus in animum inducere, Compilatores Justinianæos antiquorum scriptis intulisse manus suas aliâ causâ, quam ut jus vetus novis Constitutionibus attemperarent; cujus rei nulla causa in plerisque Fabri emblematicis accusationibus apparet. Argutias autem contra textus excogitare, tam facile cuivis est, quam ad easdem respondere longum & tædiosum. Quid est in hoc loco? Quæstio celebris; Si casu fortuito, qui pecuniam accepit, ut faceret, facere non potuerit, an is qui dedit, repetendi jus habeat? Non posse, *dici potest*, ait Ulpianus. Disputando scilcet, ut bonus sed *miser*, ait Faber, Accursius interpretatur. Ipse, *dicendum est*, inquit, fortiter & absolute posuisset Ulpianus. Atqui decisio non est ex illis, quæ simpliciter & sine scrupulo collocari possunt. Nulla fere crebrioribus eget distinctionibus, ut Wissembachius noster ad *h. tit. n.* 5. demonstrat. Ergo suspensâ enuntiatione, *dici potest*, inquit Ulpianus; non sine temperamento, scilicet. Est quidem ratio non repetendi, quod per accipientem non steterit: sed danti non potest negari facultas in contractibus innominatis ordinaria, quâ pœnitere licet Hæc enim impedimentis alteri objectis auferri non potest; ut tamen accipienti iniqua

conditio non inferatur, si forte per revocationem dantis ipsi vel damnum inferatur, vel lucrum auferatur. Quod Juris Consultus aliquanto latius exequitur hoc modo; *Si res ita se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci*; Audeo dicere, circumductum hoc loquendi genus non esse Tribonianæum, esse magis antiquum. Sed Faber, *Quis casus esse potest*, ait, *in quo necesse habeas Capuam ire pro me invito? Accursius unum illum reperit*, si juraveris te iturum; Unde reliqui DD. colligunt exceptionem à regulâ; quod ad factum nemo possit cogi. Sit glossa inanis: Inanior est Fabri captatio, quod fieri nequeat, ut tu necesse habeas ire *pro me invito*. apage illud, *me invito*, quod non est in textu. Qui accepit, ut iret, ita rem composuit, ut necesse haberet ire, priusquam alter revocaret, & de Invito constaret. Τὸ necesse autem *civiliter* accipiendum. Iturus Capuam res alias aliosque homines in idem tempus & locum condixisti, ut aliter eas expedire non possis: Ita necesse habes ire Capuam.

2. Rursus ad verba, *ut manifestum sit, plus forte, quàm accepisti erogasse*, Faber, id *multò ineptius & Triboniano dignius est. Quis enim te fingat tam stultum, ut pro me iturus Capuam plus expendas, quam acceperis, nullis tamen factis sumptibus, nisi necessariis, nulloque tibi operæ tuæ pretio relicto?* Quasi non sæpe homines animi vel amicitiæ causâ legationes & curationes, quarum sumptus necessarii excedant honorarium, (nec enim de mercede locationis conductionis, quæ respondere solet operæ, agimus) suscipiant. Faber. *Sed & quomodo fieri potest, obsecro, ut & manifestum sit, & dubium, te plus expendisse in sumptus istos necessarios, quam acceperis? Et tamen utrumque ponit Tribonianus his verbis, ut manifestum sit plus FORTE, quæ nonnisi absurde conjungi posse Accursius quoque videt.* Adeò nihil vetat, Tribonianum fuisse bardum & stupidum, & sui contradictorem *in adjecto*, quod vocant, ut Ulpiano aut Veteribus nihil ejusmodi evenire potuerit. Ad hanc difficultatem removendam Jason, ut est in notis ad Accursium, respondit, vocem *manifesto* referri ad verbum *erogasse*, & voculam *forte*, ad verbum *plus*. Ego vertam potius, & *manifestò* ad τὸ *PLUS*, *Forte ad τὸ Erogasse* retulerim; hoc sensu; *forte* usu venisse, ut *erogaverit, manifestò plus* quam sit honorarium. Ne dicam, Τὸ *forte* sæpe παρέλκειν, & nihil significare, quam *verbi gratiâ, puta*, ut Brissonius in de V.S. docet, adductis pluribus exemplis. Ad cæteras in Tribonianum cavillationes refutandas nolo perdere tempus, & tædium augere Lectori, ultrò, si vacat & libet, facile responsuro.

3. Extat adhuc Autumni Censura *ad hunc locum*; In id quod Ulpianus ait, non dari repetitionem, quatenus accipientis interest, ob sumptus factos, quia stetit per casum fortuitum in persona accipientis commissum, ut per adversam valetudinem, sicut hic casus ponitur. Atqui tum dari repetitionem probat ex *l.* 15. §. *item cum quidam 6. D. Locati*, ubi pecunia pro vecturâ data, nave amissâ, repetitur; quia munere vehendi functus non est. Sed hæc res incidit in locum Communem Quæstionis notæ, an detur condictio, si per casum fortuitum causa sequuta non fuerit; ad quam non simplici distinctione respondetur, ut videre licet, post alios apud Wissembachium nostrum *loco citato*. Quod ad hunc locum

attinet,

attinet, parum est difficultatis; Si per causam dandi, qui accepit, ut faceret, adflictus sit à fortunâ, quod malum alioqui non fuerat passurus, æquum est, eum retinere de pecuniâ, quod ad indemnitatem suam requiritur, ut hic; cum ad iter, quod alioqui non erat suscepturus, se comparavit. Alioqui casus fortuitus, qui non habuit occasionem propriam à datione, non tribuit illi retentionem, qualis in *d. l.* 15. §. 6. ubi nauta, cujus erat institutum, navi se committere, naufragium passus est, quod ab hoc facto non profectum est peculiariter, cum sive pro me, sive pro alio, utique vehendi munere functurus fuisset, quemadmodum fungi solitus fuerat. Sed de *l.* 15. §. 6. locus occurret proprius ad *Tit. de Locat. Conduct.*

Ulpianus Lib. 2. Disputat.

Si servum quis tradiderit alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur: si pœnituerit eum, qui tradiderit, & super hoc eum certioraverit, & fuerit manumissus post pœnitentiam: attamen actio propter pœnitentiam competit ei, qui dedit: plane, si non manumiserit, Constitutio succedit; facitque eum liberum, si nondum pœnituerat eum, qui in hoc dedit. l. 5. §. 1. *d. Condict. caus. dat. non sec.*

1. Servus traditus sub lege manumittendi, si non manumittatur, fit tamen ipso jure liber ex constitutione Divi Marci: quo respicit hic Ulpianus dum meminit *Constitutionis l. ult. d. serv. export.* Non exclusa tamen pœnitentiâ dantis, re adhuc integrâ *h.* §. 1. Sed totum hunc locum esse à manu & inscitiâ Triboniani, non minus audacter idem Faber adfirmat; aliquanto, ut videtur, ratione, saltem difficultate majori, tam verbis, quàm re consideratis. Nam & sermo suspectior est Tribonianismi, & species inexpectata; Contractum esse Innominatum, Do, ut facias, ex quo is quis facturus sit, nihil utilitatis percipiat; cum potius hæc, donatio servi sub conditione manumittendi esse videatur, vel contractus Mandati *l. si hominem* 30. *Mandati*; ubi prorsus eadem facti species Mandati jure censetur & tractatur, quam hic Tribonianus absurde ad *Do ut Facias* retulerit. Actio vero quæ datur hic, in casu pœnitentiæ, non potest esse condictio, quia quod datum est, scil: servus manumissus, condici nequit, & actio præscriptis verbis non datur ei quem pœnitet; sed ei, qui urget factum adversus eum, qui à sua parte contractum non implevit *l.* 5. §. 1. 2. *& passim d. Præscr. verb.* Hæc fere sunt, quæ fusè & enixe urget & deducit Faber, argutiis & cavillationibus aucta prolixis. Ego, si quid verbi mutaverit Tribonianus, non reluctor admodum, de toto complexu non putem. De stylo, arguit ille primo verbum *tradidit*, cum deberet dicere, *dedit*, hoc est, dominium transtulit *l.* 167. *d. R. J. l.* 75. §. *ult. d. V. O. junctâ d. l.* 30. *Mandati:* cum traditio tantum sit possessionis translatio *l.* 1. *&* 7. *d. Act. emp.* Quasi non sæpe *tradendi* verbum pro *dando* acciperetur, ut in hac ipsa facti specie; Cajus *in l.* 27. §. 1. *Mand.* Brissonius *in Traditio.* Stipulari *& tradere* conjunguntur, ait, *cum omnem obligationem & dominii translationem significare volunt JurisConsulti*, ubi agmen textuum.

2. Quod sequitur, nihilo solidius est: Verba *intra certum tempus* supervacua esse, dicit, acute nimis. Quid enim insolens, si in eo, quod exempli gratiâ ponitur, aliquid insertum sit quod abesse possit? Quis hoc veterum adeo præcise observat? Præter quod hoc ipsum non est otiosum, respectu ejus, quod dein sequitur, de certiorato in tempore eo, qui servum acceperat. Insectatur dein verba, *si pœnituerit eum qui tradidit, & super hoc eum certioraverit, & fuerit manumissus*, quæ verba sic cumulantur; quasi idem sit, qui & certioratus, & manumissus est, cum tamen de tribus diversis personis intelligenda sint, *ait*. Equidem si pretium operæ esset, id genus concisos modos ex aliis JCtis in exemplum adducere, id in proclivi foret, maxime si nihil obscuritatis inferant, ut hic nihil inferunt. Rursus *certioraverit super hoc*, ut Tribonianæum, non vetus, arguit. Atqui Certiorandi verbum extra dubium est temporis Ulpianæi *l.* 1. §. 1. *d. Act. Empt. l.* 20. §. 11. *d. Hered. Pet.* aliisque locis, quæ videsis apud Brissonium. Nec regit casum rei, ut dicatur, *certioravit hoc*. Ergo *super hoc*, nihil addit insolentiæ. Rursus; *τὸ Attamen* in transitu male positum in hoc textu; Cum enim sit adversativæ significationis, nihil est in præcedentibus, cui adversetur. Putem inesse tacite aliquid adversativi, si hoc modo accipias; Manumissio non retractatur, ob favorem libertatis. Implicitum est hoc; etsi *manumissus* manet; *attamen* actio datur in manumissorem.

3. Visum est hæc recensere, quò constet, quam in infinitum esset disputandum, si talia Fabri semper subsequenda forent. Rem quod attinet, Faber in hoc totus est, ut probet hanc speciem facti ad mandatum esse referendam, ex *d. l.* 30. *Mandati*; ad *quam neque Bartolus, neque alius unquam pro Bartolo, aut Triboniano respondit*, inquit. Respondeamus igitur: Ego difficilius hanc speciem Mandato, ut vult Faber, vindicarem, quam Bartolus in Do ut facias laborat. Nam servus est datus *in d. l.* 30. id est, in dominium accipientis translatus, ut alter eum manumitteret. Non intelligo jus mandantis in servo, qui est alienatus. Nec Julianus ibi mandatum dantem servum & accipientem constituit; sed ob interventum Procuratoris, qui manumissionem administravit, illud factum ad mandatum refert. Quod si mandatum non sit in eâ specie, quâ servus est datus, id est, alienatus, ut ipse Faber ponit, sub hoc modo, ut manumittatur, impeditâ manumissione, numquid ad eum qui alienavit, servus redibit? Non video quo jure, nisi per causam condictionis causâ non secutâ. Nec aliter intelligere possum *l.* 27. §. 1. *d. tit. de Mandato*, ubi Gajus adhuc propius ad sententiam & verba nostri textus; *Si servum ea lege tibi tradidero ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio. Potest autem & in meâ quoque personâ agendi causa intervenire: Veluti, si pœnitentiâ actâ, servum recipere velim.* Alienatum servum, facto ad quod datus erat, non impleto, vix aliter quàm condictione eâ, quam dixi, repetere posse videor. De similitudine dationis quam cum nec Faber urgeat, ex his quæ diximus, animum donandi non adfuisse, satis colligitur in contrarium. Teneamus id quod *suprà* collocatum est.

4. Superest de genere & naturâ actionis, quam hic textus non exprimit; Faber nec Condictionem, neque Præscriptis verbis actionem rationibus supra dictis,

ctis, esse posse contendit. Ego cur utraque esse nequeat, non videre me fateor. Nam præscriptis verbis actio datur ex innominato contractu, quoties alterius intereſt è contractu ab altero non servato; Quod hic usu venisse manifestum est. Rursus, condictio causâ datâ, causâ non secutâ, datur ei, qui à suâ parte contractum implevit, adversus alterum, qui non implevit. Et cum res ipsa reddi non potest, faciendum, quod fieri semper opus est, ut in id quod interest Actio resolvatur; cujus rei minimè insolitæ terminos hic adesse, non potest negari. Est quidem in hac specie facti aliquid inexpectati: Sed cum Faber ipsemet hujus loci sententiam & decisionem fateatur æquam esse, modo ad Mandati Speciem referatur; ego, cur non melius ad Do facias referatur nec video quicquam, nec cur si maxime Tribonianus sit auctor, ejus id est, Justiniani auctoritatem Fabrianæ non præferamus: Denique nec repetendi jus, quod ipse Faber dat, ex aliâ causâ proficisci videtur.

Ulpian. Lib. 1. Disput.

Idem si quis dederit Titio decem, ut servum emat, & manumittat; deinde pœniteat: si quidem nondum emptus est, pænitentia dabit condictionem, si hoc ei manifestum fecerit, ne, si postea emat, damno adficiatur: si verò jam sit emptus, pœnitentia non facit injuriam ei, qui redemit: sed pro decem, quæ accepit, ipsum servum, quem emit, restituet, aut si antè decessisse proponatur, nihil præstabit, si modò per eum factum non est. Quòd si fugit, nec culpâ ejus contigit, qui redemit, nihil præstabit. Planè repromittere eum oportet, si in potestatem suam pervenerit, restitutum iri. l. 5. §. 2. d. Condict. caus. dat. non sec.

1. Fatigat me & Lectorem suum meumque Faber, suis in Justinianum Censuris. Nec ero, si potero, nec debeo, quam ille, tam prolixus, siquidem penitus, hac personâ susceptâ, Clarissimi Interpretis rationes prætervehi non licet. Quid autem monstri de Jurisprudentia parat efficere, si tantos logos & disputationes, ministri Justinianæi sub nomine Veterum Juris Consultorum subjecerint? Cui bono, roget Cassius? cur suas sententias Imperatori non dictarunt in novas Constitutiones? Quî tam deformis impudentia, primum Imperii Romani ministrum & Antecessores ab illo adhibitos subire potuit? Adde, qui tam artificiose Ulpianum imitari potuerunt homines Græci, ut per tot secula nemini ante Fabrum fraus adeo immanis suboleverit, ut ex hoc universo textu Ulpiani præferente nomen, vix duo cola fuerint Ulpiani. Denique, Ulpianæi libri in bibliothecis hominum illius ævi eruditorum, cum Pandectæ ederentur, extiterunt. Quomodo sperare potuerunt, enormes adeo falsitates & subornationes clam conscientiæ orbis terrarum futuras?

2. Attamen quæ traduntur in his locis, ex ratione Juris consistere posse, Faber negat, ut videtur, haud temere. *Hic quoque* §. 2. *Triboniani certe est*, inquit, *ut & cætera omnia, quæ sequuntur ad finem usque Legis; In eodem enim errore versatur Tribonianus, ut putes, si dedero tibi decem, ut servum emas, & manumittas, contractum esse innominatum Do, ut facias, ex quo proinde nasci possit*

sit condictio, si pæniteat; *cum tamen hic quoque Contractus non alius sit, quam Mandati*, & ex quo non alia, quam Mandati actio nasci potest, non etiam Condictio, *l. si procuratorem* 8. §. *ult.* & *l. sequ. l. si mandassem* 15. *l. inter causas* 26. §. *ult. l. si quis alicui* 27. §. 1. *L. Qui negotia* 34. §. *ult.* & *ll. seqq. junct. l. si hominem* 30. *Mandati*. In quibus locis hoc est, nec aliud quicquam; Si quis mandaverit alicui servum vel prædium emere, inde Mandati actionem nasci. De pecunia ad emendum servum datâ, vel datâ, *ut* servus *manumittatur*, nihil, præterquam *in l.* 17. §. 1. & *l.* 30. de quibus actum *ad L. præcedentem*. Enimvero mandatum esse, cum quis dat pecuniam ad emendum servum, ut manumittatur, siquidem hoc in mandantis gratiam fiat, non negaverim; Quod si rogatu magis accipientis fiat, cur *Do ut facias* esse nequeat, ut Bartolus aliique sumunt, causam non video; Proinde nec cur decem quæ dedero, condici nequeant. Nam quod Faber ait, hic de servo in genere esse scriptum, in quem nulla neutrius affectio cadat, indignum relatu, nedum refutatu est; cum vox generis ad aliquem in hypohesi proculdubio se referat.

3. Ejusdem valoris est, quod hic habetur, *Redemit*, pro *emit*; cum redimi servus pro emi, passim accipiatur, ut qui emendo liberetur, de quo vide Brissonium in *Redimere*. Melius argumentum est è verbis; *Ne, si postea emat, damno adficiatur*. Quid enim? Dedisti mihi decem, ad emendum servum, ut manumittatur. Postquam te pœnituit, nec tamen ego certior factus sum, damno adficiar? Iniquum hoc. Absurdum verò id monere, si post certiorationem emerit. Ergo fiat error in his verbis; Nunquam ne igitur Juris Consultis veteribus accidit, rationes edere otiosas & inertes, ut necesse sit, Triboniano præ Ulpiano hoc imputare? Dicat D. Ant. Matthæus in dissertatione, cujus inscriptionem aliquoties habuimus; *Juris Consultos sæpe otiosas & inertes dictorum suorum rationes reddere*. Si Fabrum audimus, totum istum locum Triboniano delegare oporteat. Sed mihi nec in Ulpiano, absurdum hoc verborum comma videtur. Quæritur, an, si Titius acceptis decem juxta legem dictam, servum emerit, post dantis pœnitentiam, condictione teneatur, quod si fiat, damno adficiatur; Et responsum est; eum non teneri: quia scilicet, damno adfici non debet illo casu: Quid est in illa rationis occupatione absurdi, quod putes? Aliud Fabri argumentum ad absurdum est, quod dicitur, si *tanti* servus, ante certiorationem emptus sit, hunc condictione repeti posse; quod negat Faber esse juris; cum id solum quod datum est, non ejus loco aliud repeti possit. Id vero nullo modo aliter habere se posse, cur potius Fabro quam Triboniano, si hic locus ab illo sit, credere oporteat, non video: Vel quid absurdi in hoc sit; Cum mihi pœnitentiæ facultas detur, si tu servum meis nummis emptum ut manumittas adhuc teneas, nec ego nummos jam reciperare possim, ut eorum loco servus pœnitenti restituatur. Servus est emptus, manumittatur. Non est manumissus adhuc; causa non est secuta; Condictio competit; nummi dati non extant. Res loquitur, servum illis emptum, ei qui dedit, si pœniteat, esse restituendum.

Ulpia-

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Sed si accepit pecuniam, ut servum manumittas, isque fugerit priùs, quàm manumittatur; videndum, an condici possit, quod accepit. Etsi quidem distracturus erat hunc servum, & propter hoc distraxit, quòd acceperat, ut manumittat, non oportet ei condici: Planè cavebit, ut, si in potestatem suam pervenerit servus, restituat id, quod accepit, eo minus, quo vilior servus factus est propter fugam. Planè si adhuc eum manumitti velit is, qui dedit: ille verò manumittere nolit propter fugam offensus: totum, quod accepit, restituere eum oportet. Sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum servum consequi: necesse est, aut ipsum ei dari: aut, quod dedit, restitui. Quod si distracturus non erat eum: oportet id, quod accepit, restitui; nisi fortè diligentius eum habiturus esset, si non accepisset, ut manumitteret. Tunc enim non est æquum, eum & servo, & toto pretio carere. l. 5. §. 3. d. Condict. dat. Caus. non sec.

1. Faber. *Pergit*, inquit, *Tribonianus in suis persequendis distinctionibus, ex eodem errore profluentibus*; quod scilicet, Mandatum acceperit, pro contractu innominato *Do, ut facias*. Nam in specie hujus L. Do tibi pecuniam, ut servum tuum manumittas, vult etiam Faber esse Mandatum, mea & tua & alienâ gratiâ. Nec tamen respondet ad objectionem, quam res ipsa ei dictat, Mandatum esse debere gratuitum, *l. 1. §. ult. Mand.* quod hic non est, cum detur pecunia; Unde planissime hæc species incidit in Contractum innominatum, ac ita rectè se habet hic textus. Instat Faber: Etiam de actione Venditi agendum fuit hoc loco quia servus de quo hic agitur, venalis fuit, atque ita pecunia, ut pretium data est. Hoc est quod reprehendas; Do tibi pecuniam, ut servum, quem distrahere volebas, manumitteres; sive id ego sciverim, sive ignoraverim, quis hoc esse dicet, emere servum; Emo quod ἐμὸν, id est, meum facere volo; ubi non agitur de dominio in emptorem transferendo, ibi non est emptio Venditio, sed alia contractus species *l. pen. d. Contrab. empt.* Nolui servum facere meum. Immediate liberum fieri volo. Quid hoc ad emptionem venditionem?

2. Ejusdem ingenii reliquæ sunt argutiæ, nisi forte quod opponit versiculo; *sed si eligat.* Cur enim, *inquit*, is qui decem dedit, eligere potest servum, quem non dedit, idque per condictionem causâ datâ, causâ non secutâ? quo nomine Accursium id ita accipientem vocat miserum; *quis enim non misereatur ejus, quem Tribonianus sub Ulpiani nomine tam imprudenter decipiat*, inquit. Imo Justinianus Conditor Juris hic loquitur; Tribonianus an Ulpianus sit, nihil ad auctoritatem attinet, cum Imperator omnia sua fecerit, ac ab ejus manu, non ab Ulpiano & cæteris veteribus hanc Artem in scholis & in Foris habeamus. Sunt igitur omnes miseri Judices & interpretes, olim hodieque, non minus quam Accursius; si non potest est miserum, reprehendere Juris Conditorem, quod eum qui decem dedit, ut servum suum manumittat, pro emptore servi non agnoscat. Ego vero ne in hac quidem objectione rationem video: Decem tibi dedi, ut servum tuum manumit-

numittas; non vis manumittere, quid ni igitur repetam omne quod dedi? Si malo tamen ipsum consequi servum, non simpliciter ad servum agam; hoc enim in Fabri argumentum incurreret: sed alternative servum, aut decem quæ dedi, condicam; Id enim indicant verba, *necesse est aut ipsum ei dari, aut quod dedit, restitui.* Quid in hoc est iniqui aut *ἄτοπον*? Eligere pro malle ibi sumitur, sine pleno jure agendi absolutè in alterutrum; quia mox arbitrium solvendi datur ei qui pecuniam accepit; quo tollitur novum Fabri argumentum, quasi textus sibi contradiceret, electionem dando prius danti, & mox ei qui accepit.

3. Ad verba, *Quod si distracturus non erat eum, oportet id quod accepit, restitui.* Negat hoc rationem habere Faber, Autumno Censore jam acutior, quia servus sine culpa ejus qui decem accepit, fugisse ponitur, antequam manumitteretur. Ubi hoc, *sine culpa*? Imo qui rem sibi furto auferri passus est, semper in culpa esse creditur *arg. §. Item si fullo* 15. *de obl. ex del.* Quid ni etiam, qui servum non custodivit? Sed pone sis; fugisse servum sine culpa, quod hic minimè scriptum est; An casus ille fortuitus qui domino accidit in servo, impediet condictionem & pœnitentiæ facultatem auferet ei qui dedit pecuniam ob factum, quod secutum non est? Hoc potius non habet rationem, quia damnum hoc, etsi pecuniam, ut manumitteret, non accepisset, passurus fuerat; Et magis, si forte servus non ignotaverit pecuniam sui manumittendi causâ esse datam; quin forte, quod dominus cunctatetur eum manumittere, fugit, metuens pœnitentiam dantis; quo casu vere dominus haberet, quod sibi imputaret.

4. Postremò Faber; Sed longe ineptior, inquit, est exceptio, quæ statim sequitur: *Nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset, ut manumitteret: tunc enim non est æquum, eum & servo & toto pretio carere.* Primum Fabro ineptiæ argumentum est, *quia nec sciri, nec probari hoc ullo modo potest, an fueris dominus hunc servum diligentius habiturus; si pecuniam non accepisset, an vero negligentius, nihilque nisi inextricabilem facti quæstionem & litis materiam distinctio hæc præbere potest.* Pone casum; Dominus servo iratus eum in vinculis, in ergastulo, in pistrino, in fodinis habebat, ut creberrime fieri solitum fuisse constat. Titius servum miseratus dedit ei decem, ut servum manumitteret. Hoc parans & primâ occasione facturus, eum liberius habuit, quasi statuliberum. Servus non fidens præsentibus & metuens pœnitentiam dantis, ut dein accidit, fugâ se subduxit. Quid est civilius & observatu probatuque facilius? ut mirum sit tanti Virum acuminis id imaginari non potuisse Fabrum. Illa vero domini indulgentia, negligentius habendi servum, pro cujus libertate pecuniam in manibus habebat, dum occasione potiretur adeundi Prætorem, non erat ut merito culpæ imputaretur. Ideo corruit ultima Fabri instantia, *Deinde, ait, quia etiamsi ex facto constaret, fuisse dominum tanto diligentius habiturum servum hunc, si pecuniam non accepisset, ad eum manumittendum, tanto major tamen ratio est, ut ad pecuniæ restitutionem condemnari debeat, cum neligentia quæ in rebus propriis culpanda est, in alienis sit coërcenda l.* 24. *§. si maritus Sol. matrim. juncta l.* 23. *in fin. Depos.* & porro contra Accursium id alio trahentem disputat. Dicamus, quod re est, eum qui dedit pecuniam domino, ut servum manumitteret, casu quo diximus, non habere causam querendi, quod dominus accepta pecuniâ servum aliquanto liberius

berius habuerit; Id enim scopo dantis erat consentaneum. Ideoque nihil est causæ, cur is qui dedit pecuniam, hujus indulgentiæ detrimentum soli domino servi, quem ipse provocavit, nocere velit.

Ulpianus lib. 2. ad Edict.

Sed ubi accepit, ut manumitteret, deinde servus decessit: si quidem moram fecit manumissioni, consequens est, ut dicamus refundere eum, quod accepit. Quod si moram non fecit, sed cum profectus esset ad præsidem, vel apud quem manumittere posset, servus in itinere decesserit: verius est, si quidem distracturus erat, vel quo ipse usurus, oportere dici, nihil eum refundere debere: enimvero si nihil eorum facturus, ipsi adhuc servum obisse. Decederet enim, & si non accepisset, ut manumitteret, nisi forte profectio manumissionis gratia, morti causam præbuit; ut vel à latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur. l. 5. §. ult. d. Condict. caus. dat. non sec.

1. Faber. *Hic verò, quis non miretur constantem hanc Triboniani nostri & inelegantiam & inscitiam; sive contextum verborum, qui totus insulsus & malè continnatus est, sive juris rationem ipsam intueamur.* Jam si nos inter eos sumus, qui non mirantur cum Fabro hanc inelegantiam & stultitiam contextus & imperitiam juris in hoc textu, metuendum est, ne simus æque insulsi, ac ipsum videri oporteat, si tam gravis sine gravi causa Juris Conditorum Censor & Irrisor, qualis aliquoties visus & deprehensus est, appareat. In stylo carpit verbum *refundere*, pro reddere & restituere, *si diis placet*, inquit; Atqui, nisi fallit nos Brissonius & loca ab illo citata in *refundere*, satis frequens in hoc sensu illud vocabulum est veteribus Juris Consultis. Item *decederet*, pro *decessisset*; cujusmodi enallagæ si νοθεύειν arguunt Textus Juris, næ magna illorum strages fieret. Ubique Lector ejusmodi & majores anomalias in Juris Consultis Veteribus, quæ sæpius elegantiarum loco sunt, offendet.

2. In Re, primum quod notat Faber, est hoc; Repetitionem pecuniæ datæ, ut servus manumittatur, si post moram manumittendi sit mortuus, non venire è condictione causâ datâ, causâ non secuta, *cujus scilicet, Tribonianus*, ait Faber, *eximius, ne dicam, perditus amator est*, sed utili actione Venditi; quod superius ad §. 3. jam refutatum est, cum nihil emptioni Venditioni simile in hoc negotio vertatur. Sed est argumentum aliud non spernendum; Si decesserit servus, pro quo dominus pecuniam acceperit, ut eum manumitteret, post id tempus, quo manumitti potuerit, repetitionem esse; sin minus cessare *l.* 3. §. 3. *h. t.* Proinde, si dominus jam in itinere fuerit, ad præsidem aliumve magistratum, ut hic, coràm quo servum manumitteret, cum diligentiæ actum adhibuerit, nec in morâ fuisse dici queat; indistinctè eum non teneri dicendum videtur, secus atque hic intricate distinguitur. Accursius jam respondit, locum indefinitum, qualis est in *d. l.* 3. §. 3. interpretationem capere ex eo loco, ubi res eadem exactius & distinctius expiicatur, quod aliàs semper fieri notum & necessarium est. Bartolus addidit; danti

ex pœnitentiâ repetitionem dari, modo servus occasione dationis factæ, vel per causam dationis non decesserit, secundum hujus loci decisionem. Faber negat, pœnitentiæ rationem hic usu venire, quia in toto *hoc* §. non memoretur. Sed cum in *præcedentibus* §.§. semper in pœnitentiâ fundetur, & hic §. cohæreat prioribus, adeò ut Faber Editores, quod hunc à præcedente §. separaverint, bis reprehendat, ἀπὸ κοινοῦ pœnitentia proculdubio repetenda est: Et quidem pœnitentia, quæ ante mortem servi testata fuerit, etsi forte nondum insinuata domino. Id equidem Fabro non negamus; Totâ hac L. potuisse brevius hanc rem absolvi, hoc fere modo; Si dedi pecuniam, ut servum manumittas, hic est contractus innominatus, è quo datur condictio ex pœnitentia, modo per causam dationis nihil detrimenti domino sine suâ culpâ vel morâ, inferatur. Sed desumpta sunt hæc loca è libris disputationum, ubi cuncta particulatim excutiuntur. Si quid alicubi è calamo Digerentium Justiniani ministrorum adjectum sit, de quo litigare nolumus; ut tamen hæc integra Lex ἔμβλημα falsum Triboniani sit, nihil causæ profertur & est nimis immane. Modestior, etsi liberalis satis emblematum est Wissembachius noster, in *Tractatu emblem. Tribon.* sed hujusmodi enormitatibus meruit Faber, me quidem non applaudente, ut Præceptor ille noster, imitatus Bachovium, ingens ei convitium dixerit, hominem corrumpendæ Juris prudentiæ Natum appellans. Quod labores ejus immensi & heroicum de Jurisprudentiâ bene merendi studium nequaquam merentur.

Ulpian. Lib. III. Disputat.

SI extraneus pro muliere dotem dedisset, & pactus esset, ut quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiæ secutæ: quia de his casibus solummodo fuit conventum, qui matrimonium sequuntur, nuptiæ autem secutæ non sint: quærendum erit, utrum mulieri condictio, an ei, qui dotem dedit, competat. & verisimile est, in hunc quoque casum, eum, qui dat, sibi prospicere: nam, quasi causa non secuta habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit matrimonio non copulato, nisi fortè evidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri, quàm sibi prospiceret. Sed & si pater pro filia det, & ita convenit: nisi evidenter aliud actum sit, condictionem patri competere, Marcellus ait. l. 6. d. Condict. caus. dat. & non sec.

1. Faber iterum prolixè de ineptiis & emblemate absurdo Triboniani, à quo hanc quoque legem fere totam vult esse corruptam & suffartam. *In tota hac lege, nihil,* inquit, *video, quod juris rationi quadret, nihil quod in ipsa verborum structura bene cohæreat.* Si de solâ verborum structura controversiam faceret, hæc facilius à nobis transmitti posset. Sed quod nihil juris rationi quadret, hoc Eunomia prætervehi non potest. Non est tam obscura Lex, ut opus sit, ejus subducere & explicare speciem. Primum Fabri argumentum à stylo, est ex his verbis, *quærendum erit*, desumptum. *Ubinam gentium Ulpianus,*

mus, aut quis alius ex prudentibus sic unquam locutus est? inquit. Mallem diceret, vel *dixisset*, (ne Tribonianismum aliàs à Fabro notatum, committam,) quid insolentius sit in hoc *Quærendum erit*, quam in *quæritur*, vel *quæsitum est*, ubique obviis; nisi quod hæc *factum* motæ quæstionis, illud, quæstionem in thesi indicant. II. *Dos ei redderetur*, verba sunt ambigua, inquit, dantemne an mulierem spectent. Respondeo; Sint ambigua; Quin esse debuerunt ambigua; si non essent, quærendum non fuisset, ad utrum spectarent, in quo est omne textus argumentum. III. Casus ineptè variantur; primo, qui dotem *dedit*, mox, *quidat*. Quod Elegantiæ aliquis tribueret, ne semper idem, cum ad sensum nihil referat; hoc Faber ad stultitiam refert: IV. *Matrimonio non copulato*, negat bene dictum; *contracto*, *secuto* debuisse dici. Atqui matrimonio copulatos Ulpianus idem dixit in *l.* 32. §. 16. *d. Donat. int. V. & ux.* copulatas nuptiis idem *l.* 8. *d. Senat.* Denique nuptiis copulatos & Nuptias copulatas Gordianus Ulpiano coævus, nec una ab eo generatione distans in *l.* 3. *C. de Dot. promiss. l.* 8. *C. de Nupt.* quæ refellunt Fabri grammaticam.

2. Sequantur argumenta rerum. I. Adversus hæc verba; *Verisimile est, in hunc quoque casum, eum qui dat, sibi prospicere.* Condictio fundatur, ait Lex, in præsumptâ voluntate dantis; *quod tamen nonnisi valde ineptè dici aut credi potest*, inquit: nec enim condictionem nasci *ex conventione expressâ vel tacitâ, sed ex solâ naturâ & æquitate negotii.* Non referam me ad doctrinam Bachovii, condictionis hujus causam unicè fundantis in tacitâ conventione, & quasi contractu, quod nihil opus esse, neque rectum videri, diximus *in Prælect. ad h. t.* Sed quid hoc est, quod Faber postulat; In actionibus dandis aut non dandis, non esse considerandum, quid actum sit expresse vel tacite inter contrahentes? Imo quid prius, quid usitatius & convenientius, non modo in bonæ fidei, sed etiam in stricti juris contractibus; quod exemplis adeo supervacuum est adstruere, ut nihil ubique magis sit obvium. II. Faber; *Quomodo potest sibi prospexisse, qui dedit in eum casum, de quo non cogitaverit?* Pactus erat, dotem sibi reddi, finito matrimonio. Accidit, ut matrimonium planè secutum non fuerit: Etiam in hunc casum verisimile est, eum sibi prospectum voluisse, ut putat Ulpianus, ac ideo dandam esse condictionem. *Quis in dote constituenda & paciscendo, ut finitis nuptiis restituatur, cogitet de tali dote, quæ nunquam dos futura sit?* instat iterum Faber. Cavillatio tam iniqua, ut à malitiâ excusari non possit. Quid enim convenientius, quam ut is, qui vult id quod plus est, etiam velit id quod minus est? Qui voluit dotem sibi, finito post plures annos matrimonio, restitui, an ille eandem sibi restitui velle non videbitur, si matrimonium prorsus secutum non sit? Nihil in omni hac materiâ notius & usitatius, ut *ad Tit. π. Sol. matrim.* videre licet; Exempla addere promptum erat, si res exigeret, aut modus scribendi pateretur, infinitos Fabri logos æque prolixè persequi.

3. Pergit; *Sed quod me magis movet, ut Triboniani manum agnoscam, illud est, quod exceptionis loco subjicit; Nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum fecisse, ut ipsi mulieri magis quam sibi prospiceret*, cujusmodi exceptiones Triboniano dicit esse familiarissimas. *Sed dico, fieri non posse*, inquit, *ut in propositâ specie, id est, cum extraneus pro muliere dotem dedit, hoc*

pacto addito, ut si matrimonium quoquomodo finitum esset, dos ipsi danti redderetur, mulier probet, eam conventionem ita conceptam fuisse, ut mulieri potius quam ipsi paciscenti consuleretur; cum in tota hac conventione nullum verbum sit de muliere. Hæc est nova Calumnia & indicium, quod non minus contra Tribonianum occupatus odio, ad scribendum venerit Faber, quam Bachovius contra ipsum animatus est. Ubi enim in hac Lege reperitur pactum adjectum, *ut Dos ipsi danti redderetur?* contra quod certe mulier frustra probare conaretur, id actum fuisse, quo sibi prospiceretur. Sed pactum verbis ambiguis conceptum fuit: Extraneus, pro muliere dotem dans, *pactus est, ut Dos ei redderetur.* Dubium fuit, an vox EI, ad dantem, an ad mulierem spectaret, ut ipsum modo Fabrum arguentem audivimus. Præsumitur, ad dantem & paciscentem pertinere, verisimili ipsius voluntate & hominum consuetudine, sibi præ aliis consulendi. Sed ut vox EI in illo pacto, idoneo sensu ad mulierem quoque referri potest, ita non excluditur à probatione, quæ ipsi incumbit, juxta regulam juris communem; quod præsumptio onus probandi transferat. Quam autem non sit impossibile, id actum fuisse ab eo, qui dotem pro feminâ daret, ut eidem restitueretur, ipsa res ita loquitur, ut verbis opus non sit. Nec opus erit, opinor, refellere, quod subjicit, Tribonianum ideo hanc Legem eo modo corrupisse videri, ut mulieribus rem gratam faceret; Theodoræ, credo, Augustæ, & Antoniæ Bellisarii, quæ in Aula Justiniani omnia poterant, si Procopio credimus, idque in re minimâ: Nisi quam Tribonianus adhuc aliam habuerit Magistram, cui adulari voluerit: Nive frigidior, & indigna Præside magni Senatus conjectura! Si mulierum potentia in Leges usque Justiniani penetraverit, melius argumentum & ubi sexus prærogativa clarius eluceat, expectemus oportet, quam hic Faber suppeditat.

Julianus Lib. VII. Digestor.

Qui se debere pecuniam mulieri putabat: jussu ejus dotis nomine, promisit sponso, & solvit. Nuptiæ deinde non intercesserunt. quæsitum est, utrum ipse potest repetere eam pecuniam, qui dedisset, an mulier. Nerva, Atilicinus responderunt, quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, ipsum repetiturum, sed si cum sciret se nihil mulieri debere, promisisset, mulieris esse actionem: quoniam pecunia ad eam pertineret. Si autem verè debitor fuisset, & antè nuptias solvisset, & nuptiæ non fuissent: ipse possit condicere, causa debiti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condictitia actione. l. 7. in pr. d. Condict. caus. dat. C. non sec.

1. Partem ultimam hujus L. à verbis, *si autem*, esse Triboniani, male adsutam & ab re alienam, censet idem Faber, qui nimis in hoc titulo molestus est. Sententia Legis, quæ plus difficultatis in recessu habet, quàm præfert, collocanda prius; non ut omnia discutiantur, sed ut Censura percipiatur. Nuptiæ erant inter duos condictæ. Sponsa jussit mihi, ut decem sestertia, quasi illa sibi deberem, Sponso in dotem promitterem; Promisi, & solvi, cum re-

verà nihil deberem, quia per exceptionem, quod nesciebam, tueri me potuissem. Deinde repudium intervenit, & Sponsus dotem reddere cogitur: Utri? Sponsæ, an mihi? Quia pecunia, quam non debui, ad me pertinet, mihi datur condictio; nisi bene sciverim, me nihil debere, tunc enim donasse eam videor mulieri, cui sic actio datur. Quod si cum verè deberem, promiserim, & non expectato nuptiarum eventu, solverim, quia non sum liberatus à muliere, pro qua nihil revera, nuptiis non secutis, solvi, adhùc mihi datur condictio. Sed quia mulier suis Sponsalibus & suo rogatu causam dedit, ut ego solverem, contenta esse debet, ut ego ei cedam actionem meam, ad repetendam pecuniam. Quid est in hoc ultimo iniqui, ut à Fabro tam acerbè Triboniano cum falsi probro imputetur? Ait, Nervam & Atilicinum, & ex iis Julianum tractasse casum, quo is, qui non erat debitor mulieris, pecuniam tamen pro eâ dotis nomine Sponso pomiserat; *At contrarius plane & contradictorius est ille casus, si promissor fuerit Verus debitor*, inquit. Adeonè verum non est, contrario rum eandem esse doctrinam, quod Dialectica docet, ut se mutuo non illustrent, aut ab uno ad alterum transiri non possit, quo nihil commodius & proclivius?

2. Faber; *Sed de hoc casu, nihil tractasse Nervam & Attilicinum, ex eo apparet, quod verba illa*, ipse possit condicere, *quibus ad propositam quæstionem respondetur, non possunt construi & regi ab illis præcedentibus*; Nerva, Atilicinus responderunt. *Scribendum enim erat*, ipsum posse condicere, *ut paulo ante*, ipsum repetiturum. *Item* mulieris esse actionem. Tribonianus scilicet, cum reliquis Digestoribus, nequidem latine, quod pueri tenent peregrini, construere potuerunt! Quid si concedam, Nervam & Attilicinum hunc casum non tractasse; Julianum de suo illum addidisse, independenter à Nervæ & Attilicini dictis, unde me refellet Faber, nisi dictionis & styli argumento, quod jam satagit? Primo *Sin autem*, esse Tribonianæum: non veterum: qui dicant abrupte, *Sin*, vel, *vero*. Subtilissima Crisis! Tu vero, si tam nasutus es, Lege, *si autem*, quomodo mei omnes Pandectæ ad Florentinum, qui ipse non est ad manum, expressi, etiam Charondas, habent. Faber. *Sed manum & inscitiam Triboniani apertius illud detegit, quod subjicit*, Et ante nuptias solvisset, & nuptiæ secutæ non fuissent. *Quomodo enim potest quis solvisse ante vel post nuptias, quæ nunquam fuerint sequutæ*. Hoc vero non potest ferri, quod *Faber* Pandectarum compositores, non modo Juris & grammaticæ imperitos, sed etiam ut sensus & judicii communis expertes prostituit. Quid est tritius & popularius, quam ejusmodi anticipationes? Quis *ante pubertatem* dici posse negabit, de puero, qui dein non attigit pubertatem? Legatarium *ante conditionem existentem* mortuum; in super habito, extiterit deinceps an secus conditio? Sic *Ante nuptias*, ut nos in exponendo casu *hujus* §. non expectato, quid de nuptiis fieret: minus id quidem κατάχρηστικῶς, quam primogenitum dici constat, quem nemo natus sequitur. Reliqua Fabri adhuc inaniora transmitto, quale est, ad hæc verba textus, *Causâ debiti integrâ mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condictitiâ actione*. Insulsa verborum multiplicatio, inquit, cum paucioribus verbis dicere posset, *ad hoc solum manente, ut cedat ei condictitia actione*. Imo qui veterum lectioni adsuetus

quaquam. Est hoc igitur inter pauca Juris nostri exempla rerum male judicatarum; quod ad Censuram Artis pertinet, cum excessus ille tantum hic referatur, non laudetur.

Celsus Lib. III. Digestor.

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus pro portione emtionis & venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati, re non secuta, in quod proclivior sum. & ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum: quòd ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere à te pecuniam potero; quia hominem accipientis non feceris. & rursus, si tuus est Stichus & pro evictione ejus, promittere non vis: non liberaberis, quo minùs a te pecuniam repetere possim. L. ult. d. Condict. caus. dat. C. non sec.

1. Quid hoc rei? Dare pecuniam alteri, ut is mihi rem det, quid aliud est, quam Emptio Venditio? Quid igitur Celsus hic perplexatur, ut alium in hoc negotio contractum, & quidem innominatum, *Do ut Des*, unde Condictio hujus loci, quærat & comminiscatur? Paulus contra testatur, si pecuniam dem, ut rem accipiam, esse emptionem Venditionem, quo nihil planius & simplicius *l. 5. §. 1. d. Præscr. verb.* Accursius, & omnes qui Celsum, ut hic est, accipiunt de permutatione sive Contractu *Do ut Des*, pecuniam hic esse datam, non ut quantitatem & pretium, sed ut corpus, intelligunt. Sed hoc aliis non minus doctis Viris displicet, quia *dicunt* pecunia, postquam percussa est formâ publicâ, usum sui dominiumque non tam ex substantiâ, quàm ex quantitate præbet, ut Paulus infit *in l. 1. d. Contrab. empt.* nec amplius utrumque, merx, sed alterum, pretium appellatur. Cui accedit, quod Ulpianus scribit *in l. 7. §. 1. d. Contrab. empt.* tanquam in re certâ atque explorata, hujusmodi emptionem, *quanti tu emisti, quantum pretii in arca habeo*, valere, nec incertum pretium esse, tam evidenti venditione: Quæ hoc loco æque sit evidens, cum Celsus hic ita prorsus, ut Paulus de emptione Venditione, loquatur *in d. l. 7. §. 1.*

2. Ex iis tamen quæ sequuntur, Speciem à Celso in *b. l. ult.* tractatam ab ipso non referri ad Venditionem, sed ad Innominatum Contractum, *Do, ut des*, omnis ejus oratio dubitare non patitur. Nec tamen persuadere sibi possunt Viri Clarissimi, talem contractum, Do tibi pecuniam, ut mihi des equum, non esse emptionem Venditionem. Nec fuisse tam ineptum Celsum, ut aliter autumare potuerit. Quid ergo? Vir Cl. ingeniosa & eleganti conjecturâ, censet hunc locum male esse habitum à librariis. Scriptum fuisse à Celso; *Dedi tibi pe. pe. ut mihi Stichum dares*; vel dedi tibi *peg. pec.* Utrumque idem valere, ut ex notis Veterum constet, significans hoc; *Dedi tibi peregrinam pecuniam, ut mihi Stichum dares.* Sed imprudentiorem librarium arbitrantem, temere syllabam esse repetitam, scripsisse, duntaxat *pecuniam*, omisso verbo *peregrinam*. Atqui peregrina pecunia non tam ex quantitate, quam è substantiâ æstimatur, imo etiam mercis loco habetur, ut de Victoriato nummo Illyrico, ante Legem Clodiam, testatur

ſtatur Plinius *in lib.* 33. *Hiſt. Nat. c.* 3. & de drachmâ, de tetradrachmo & omni peregrinâ pecuniâ Mæcianus *in l.* 17. *d. Jur. Patron.* Hæc ita Vir Cl. *in lib.* 4. *Probabil. c.* 4. tam eleganter, ut ſine voluptate legi non poſſint, & juris rationi eximie ſatisfiat.

3. Enim vero non habuiſſe Juris Conſultum in conſpectu ordinarium pecuniæ uſum, ſatis manifeſtum eſt, utpote ſecundum quem ſanus homo de genere contractus dubitare non poſſet. Si quis tamen, ut res eſt, ſine gravi causâ & inevitabili neceſſitate, à Lectione Florentinâ recedendum non putet; hujus Legis caſum ita ponat: Fortuitâ occaſione & cupiditate repentina mercis alicujus, ne in pretio hæreant, alter alterum provocat; hoc modo, *Pecuniam, quæ eſt in hoc ſacco, quam complexus ſum pugno, ut vides hanc tibi do, ut tu mihi iſtum equum, illam rem des.* Acceptat alter, ignarus quantum ſit in ſacco, vel in pugno. Non eſt emptio Venditio, quæ pretium requirit certum. Nec eſſe rem inuſitatam, in Jure, pecuniam corporis habere rationem ſatis conſtat. Ita, ſi pecunia, quæ in arca eſt, legetur, ſpeciem, id eſt, corpus legari Ulpianus reſpondit *in l.* 30. §. *pen. d. Legat.* 1. Papinianus. *Si certos nummos, veluti quos in arca habet, legavit, non numerata pecunia, ſed ipſa corpora nummorum continentur, & exemplo cujuslibet corporis æſtimanda ſunt l.* 51. *d. tit.* Amplius, Africanus, *Si decem quæ in arca habeo*, legentur, corporis jure legatum putat æſtimandum eſſe *in l.* 108. §. 10. *d. t. de Legat.* 1. Qui ergo dat pecuniam, quæ in ſacco, quæ in pugno eſt, dat rem pro re, non pretium ſive quantitatem pecuniæ. Enimvero ſi apud Celſum hoc eſſet adjectum, *quæ in ſacco, in arca, in pugno eſt*, nihil ambigeretur: Sed caſum aliquem popularem, qualis hic eſt, Celſo in animo fuiſſe, res loquitur; cum ſi pecuniam, ut quantitatem pretii intellexiſſet, ſtultum fuiſſet, dubitare, qualis eſſet Contractus. Apparet, eum agere de caſu, qui non à conventione, ſicut emptio Venditio, ſed abruptè à dando inchoatus eſt. Quantitas pretii ſine prævia conventione concipi non poterat; quâ proinde non præmiſsâ, ne quantitatem quidem expreſſam fuiſſe conſentaneum eſt.

4. Denique, ad objectiones removendas habendum eſt ita; Cum Paulus in *l.* 5. §. 1. *d. Præſcr. verb.* emptionem Venditionem ſcribit eſſe contractam, *ſi quis pecuniam det, ut rem accipiat*, apparet eum de ordinario concurſu emptoris & venditoris loqui, de quo Celſus, ſi fuit JurisConſultus, imo ſi homo fuit, dubitare non potuit. Habemus ſcripta Veterum in Pandectis excerpta & abrupta ex aliis integris eorum libris; Si haberemus Digeſta Celſi, unde *lex ultima* deſumpta eſt, è prioribus haud dubie lux adfulſiſſet, quam nunc, illato lumine, quærere oportet. Quod magis eſt, quando id actum eſt, ut res *venderetur* eo pretio, quod in arca quis habet, emptionem venditionem eſſe dicemus; perinde eſt, ac ſi res *venderetur*, quanti venditor illam prius emit, vel quanti Tertius arbitratus fuerit, *l.* 7. §. 2. *d. Contrah. empt.* Primo, quia contrahentes *ibi* expreſſerunt animum emendi vendendi; Rurſus, quia non inceperunt à dando, ut *in hac L. ult.* ſed à conventione dandi, quod tunc quidem erat incertum, verum antequam daretur, certum erat futurum. Ita nec Ulpianus *in d. l.* 7. §. 1. diſſenſerit à Celſo in hac *L. ult.* Alias, quominus *in hac L.* ſit permutatio, ratiun-

tiunculas removet D. Wissembach *ad h. Tit. n.* 5. Ac ita nos in eo quidem subsistimus, ut nihil sit mutandum in Lectione Florentinâ, nec quicquam sit Antinomiæ, vel Eunomiæ contrarium.

Ulpianus Lib. xvi. ad Edict.

Sed & quod Meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo & Marcellus scribunt, sed novâ ratione; non eâ, quod utrinsque turpitudo versatur, sed solius dantis: Illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, sed non turpiter accipere, cum sit Meretrix l. 4. §. 1. d. Condict. ob turp. vel injust. caus.

1. Censura; *Vanam illam & futilem esse rationem Ulpiani, ostendit acerrimi judicii Vir Franciscus Sarmientus,* Hispanus, 6. *select. interpr.* 8. sunt verba D. Wissembachii *ad h. T. n.* 8. Non desunt tamen Ulpiano Patroni, ne quidem ex Theologis, ut Sarmientus adfirmat, Pontificiis; qui non modo retentionem, sed & actionem meretrici, ad petendum, quod ei promissum est, concedunt; eo quod materia consuetudinis, quæ est usus corporis, sit vendibilis, *ut refert,* teste *ibidem* Sarmiento, *D. Episcopus Segobiensis in regulâ, Peccatum, in* 2. *part. Prelection. in* §. 2. *col.* 1. *& sequ.* Quin nec Grotius noster ab hac sententiâ videtur alienus *in lib.* 2. *cap.* XI. *n.* 9. *de. jure B & P.* ubi docet, *Promissionem vitiosam velut ob homicidium, in se quidem esse malam, & manere talem, quamdiu non est perpetratum crimen: tamdiu enim ipsa promissio, ut mali illex, labem in se habet quæ cessare incipit, peracto crimine: Unde sequitur, usque ad id tempus, promissionis talis efficaciam esse in pendenti, crimine verò perpetrato, jam promissionis vim exseri, quæ ab initio non intrinsecus defuit, sed ab accedente vitio fuit impedita. Et hujus rei exemplum afferri potest in Judâ Jacobi filio, qui Thamari, quam meretricem putabat, promissam mercedem, tanquam debitam persolvit.*

2. Secundum hæc absolutus est Ulpianus; non illis è trivio dictis, *Ne sis parum leno,* ut Terentius. Aut illo Ciceronis: *Qui semel impudentiæ fines transgressus est, eum graviter oportet esse impudentem, Epist. ad Lucceium;* Quid aliud faciet meretrix professa, quam *mereri?* Sed ex penitiore philosophiâ, ut apparet. Ne Faber quidem Antonius heic desiderat quicquam, & Autumni Censura cessat in hoc articulo, & imitatoris ejus Belgæ. Sarmientus contrà disputat, dationem à causâ non posse sejungi, *ut si Assasino ob homicidium pecuniam des,* inquit. Distinguere debuit Sarmientus scilicet dationem, ob homicidium peractum, & peragendum; hanc illicitam esse, docet Grotius; ob peractum non æquè; cum hic tantum sit fidei datæ implementum, præterita jam turpitudine; naturaliter scilicet; nam Jure Civili justam esse causam, negandi ex hoc capite actionem, non negat, quo pertinet textus Sarmiento laudatus *in l. illud d. Manum. Vind.* quod nemo de improbitate suâ consequatur actionem, neque de lupanari ad tribunal hæ spurcitiæ sint avocandæ. Rem igitur non bene tetigit, ut videtur, Sarmientus, si Grotio credimus & Canonistis cum Episcopo Segobiensi.

3. Plane, collocata ab Ulpiano positio seorsim à ratione quam reddit, considerata rectissime se habet: Juvenem quod meretrici dedit, repetere non pos-

se, quia turpiter dedit, nec è turpitudine sua actionem habere debet. Melius quam Grotius, qui juvenem repetere posse negaret, quia teneretur etiam ad solvendum, ut Juda se Thamari agnovit obligatum; unde Græci olim meretricibus actionem dedisse videntur, ut indicat historia meretricis, quæ juvenem Promissi ob noctem reum, cum imaginatus illam τὴν σβέσας τὴν ἡδονὴν, in somnio; solvere nollet, impetravit judicatum, ut pecuniæ visu & tinnitu imaginarie *illi* satisfieret. Hæc facilitas procul abest à Romanis; Danti omnis actio præcluditur, quia turpitudinem dando commisit. Agnoscit igitur meretriciam turpitudinem Ulpianus, & in viro & in feminâ; Sed turpitudinem feminæ claudit in professione primâ apud Ædiles factâ, per quam exuit pudorem; Admissas ad ejusmodi turpe victus exercitium, negat amplius facere turpiter, quod convenienter suæ professioni vivunt & agunt. Marcellus & Labeo tamen ita putabant, meretricem adhuc facere turpiter accipiendo; quibus, ut videtur, Ulpianus subtilior videri voluit. Insubtilior tamen Grotio, & quem is citat, Cajetano, vel Episcopo Segobiensi, aut Theologis & Canonistis, quos laudat Sarmientus: qui hoc modo tradebant; Thamarem quidem fecisse turpiter, subeundo stuprum; non fecisse turpiter, exigendo mercedem promissam, quæ laudatur hoc nomine à Juda, exactioris justitiæ, quam ipse præstitisset. *Genes.* 38. *v.* 26. Quid ergo? Marcelli & Labeonis, an Grotii cum suis ὁμοψήφοις sententiam sequemur? nam si hæc sit bona, de Ulpiano nihil opus est, laboremus. Mihi nec Grotii & Cajetani sententia probatur, nec à Labeone Veteribusque dissentio, nec tamen omnem Ulpiano defensionis viam præclusero.

4. Quod Juris auctores tradunt, E contractu turpi nullam penitus actionem esse dandam §. 23. *I. de Inutil. stipul. l.* 26. *& seqq. l.* 123. *d. V. O.* ex intimo Jure Naturæ depromptum videtur, quo talis promissio inde ab initio nullius momenti habenda est, non minus certe quam Jure Civili habetur *dd. l.* Quod nec aliunde, quàm ab ipso naturali pudore, & eo quod interest humani generis, non ex civili ratione petitum ac usu Fori receptum est. Nec videtur esse verum, quod Grotius ait, peracto crimine, cessare turpitudinem. Qui enim urget eam ad actionis efficaciam, ejusque fructu gaudere cupit, non est adhuc expers turpitudinis, quam præ se fert, unde jus sibi quæsitum esse contendit. Sed an is, qui exigere non potest, quia tamen promisit, ex animi sui conscientiâ tenebitur ad solvendum? ut sequi videtur, ex eo quod illi crimine peracto cessare turpitudinem volunt? Non est dubium equidem, quin hoc insit in Grotii verbis: Ait enim peracto crimine, promissionem suam vim adipisci & exercere, quæ vis est agendi petendique facultas. Sed ego ad exemplum Thamaris & Judæ, quod est secundum literam *in d. cap.* XXXVIII. *Genesios* ita dixerim; Fuit sane Judas paratus ad solvendam mercedem, non quod se jure putaret obligatum; sed ut pignus suum redimeret *v.* 20. item perversæ generositatis & fidei in re malâ servandæ prætextu, ne res sibi probro imputaretur, & in contemptum verteret, ut ipse indicat Adullamo *v.* 23. Quemadmodum inter eos, qui veris rerum nominibus amissis, qualitates virtutum ad ipsa vitia transferunt, fieri ac æstimari solet, nec à Judâ, utcunque patriarcha, in illa περιστάσει alienum videri potuit.

5. Di-

5. Dicamus igitur, jure naturali non magis quam Civili, turpia facta post se relinquere juris & actionis effectum. Meretricem non habere actionem petendæ mercedis; etsi nec quod datum est illi, à dante repeti potest; non quia meretrix aliquid juris habeat, sed quia nullum jus est ejus qui dedit, & sic res nonisi in loco suo manere potest. An autem meretrix, professa nomen suum apud Ædiles, adhuc facit turpiter in singulis actibus, accipiendo pecuniam, cujus gratiâ vitam hanc elegit? Distinguimus, inter naturalem & civilem turpitudinis reputationem. Jure naturali non est dubium, quin toties peccet & turpiter faciat, quoties stupri causâ se prostituit, idque Labeo & Marcellus considerarunt. Sed Ulpianus *civilem* æstimationem ejus temporis, quo meretrices professæ tolerabantur, considerat: Ideoque juris effectus idcirco illis præcludi non poterant. Turpitudinem alioqui singulis inesse actibus, indicat eo, quod Virum turpiter agere adfirmat & civiliter & naturaliter; Mulier Jure Naturæ solo, non æque civili jure identidem peccabat; civilis experti turpitudinis quid ni civilem demus actionem? Ita vel nulla, vel admodum exigua Ulpiani culpa relinquitur. Si quis putet, ejus distinctionem non esse tanti, ut propterea Novitatem suam graviori Veterum sententiæ præferendam putaret, quæ fuit *ἰτέως* nostra *in Prælect. ad h. t.* ne adhuc quidem refragabimur; Etsi potest defendi contra Sarmientum, qui tantum de turpitudine meri juris naturæ loquitur. Addesis D. Joh. Andr. vander Meulen, *de Foro poli part* 3. *Qu.* 4.

Paulus Lib. v. ad Plautium.

Si vestimenta utenda tibi commendavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem: condictione me rectè acturum, responsum est, quamvis enim propter rem datum sit, & causa secuta sit: tamen turpiter datum est. Si rem locatam tibi, vel venditam à te, vel mandatam ut redderes, pecuniam acceperis: habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. Quòd si, ut id, quod ex testamento, vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederit: condictio duntaxat pecuniæ datæ eo nomine erit. Idque & Pomponius scribit. L. ult. d. Condict. ob turp. vel injust. caus.

1. Hunc locum Censores Gallus & Belga reprehendunt; Non esse justam repetendi causam ab eo, qui pecuniam accepit, ut rem debitam Creditori Dominove suo restitueret. Rationes Autumni sunt variæ. I. Quod qui beneficium commodando, in aliquem contulit, potest addere pecuniam, quemadmodum Dominus rei furto ablatæ, si illam furi leget, heres eam condicere non potest *l.* 10. §. *ult. d. Condict. furt.* II. Etsi nulla sit quæstio, tamen propter metum litis pecunia data repeti non potest *l.* 2. *C. de Transact.* III. Nihil est causæ, cur non hæc pecunia donata videatur, cum nullo jure cogente data sit *l.* 29. *d. Donat.* & affectionis causâ *l.* 5. *eod* IV. Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, ait ipse Paulus in *l.* 54. *d. R. J.* & qui sciens non debitum solvit, repetere non potest *l.* 1. *d. Condict. Indeb.* V. Non est hæc causa turpis, ut vestimenta restituantur, aut ut id quod è testamento vel stipu-

ſtipulatu debetur, id ſolvatur; nihil eſt quam datio ob cauſam, quæ ſequuta eſt, de quâ proinde non datur condictio.

2. Ad ultimum primo reſpondebimus, quo facilius reliqua cedant. Qui animum inducere noluit, ad faciendum quod boni mores, data fides & ſacra legum reverentia dictant, ut quod commmodatum, locatum, depoſitum eſt reddat, aliâve ex cauſâ liquido debetur, ſolvat; quique ad hoc, pecuniâ data permovendus & adducendus fuit, is rem facit inliberalem, ſordidam & turpem: Ex quâ proinde, ſi non detur condictio cauſâ, datâ, cauſâ non ſecutâ; negari tamen non poſſit hujus loci condictio, ex turpi cauſâ

2. Nec objici poteſt regula Juris, non eſſe repetitionem ejus quod à ſciente non debitum eſt ſolutum; Ceſſat enim merito hæc regula, in datione, quæ fit ex turpi causâ, ſi nulla quidem dantis turpitudo ſit; Etſi enim bene gnarus, ſe non teneri ad dandum, nihilominus dederit, ut vexationem redimeret, hoc caſu maxime locum habet hujus loci condictio, quod & Ulpianus ſcripſit *in l.* 2. §. 1. *b.t.* Si tibi dedero, ut rem mihi reddas depoſitam apud te, vel ut inſtrumentum mihi reſtituas, hæc condictio datur. Denique, perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem; id quod ex injuſta causâ apud aliquem ſit, poſſe condici, in qua ſententia etiam Celſus eſt, ut ſcribit idem Ulpianus *in l.* 6. *b.t.* Nulla cauſa igitur eſt, dicendi, pecuniam illam donandi animo fuiſſe datam; utpote nullo jure cogente, ſolutam: Non agitur enim de neceſſitate Juris, quæ nunquam in datione factâ per accipientis turpitudinem, intercedit. Nec enim quiſquam ad dandum, quod turpiter accipitur; unquam tenetur. Et ſi qua fuerit nimia dantis facilitas, quod re ſuâ tamdiu carere non poſſit; dum lis finiatur, accipientis turpitudo vincit hanc qualemcunque dantis imprudentiam aut litium fugam. In condictione cauſa dati, causâ non ſequuta, repetitio datur ex pœnitentiâ, ubi nulla vertitur alterius turpitudo: Quanto magis in manifeſtâ turpitudine accipientis? Sic ad omnia reſponſum eſt, etiam ad primum; Supereſt argumentum *Legis* 2. *C. de Tranſact.* ubi, pecunia transactionis causâ data, licet nulla fuerit quæſtio, non modo repeti non poteſt, ſed etiam non ſoluta, perſolvenda eſt. Dic, eſſe manifeſtum diſcrimen, dationis in ſpecie hujus Legis, & Transactionis; Quod hic eſt datum, non tranſigendi cauſâ de re incertâ, ſed recuperandi rem indubitatè ſuam, datum eſt. In *l.* 2. objectâ, Tranſigendi animus fuit expreſſus; In noſtra *Lege ult.* non modo non ita, ſed nec ibi res eſt dubia, qualis in transactione ſemper eſt *l.* 1. *d. Tranſact.* Autumnus inſtat; Ne quidem *in l.* 2. rem indubiam vel incertam fuiſſe; quia nulla *fuit quæſtio.* Sed dic, ibi Quæſtionem, eſſe litem in judicio motam, ut *in l.* 1. §. 3. *Ne de ſtat. defunct*; ubi, *ſi cæpta quæſtio fuit.* Talis ad Transactionem quidem non requiritur; ſed extrajudicialis ſaltem diſputatio & controverſia, abeſſe non poteſt. Nam ſine omni Quæſtione, & incertitudine Transactio non habet intellectum. Ergo & materiæ & contrahentium animi diverſitas, vim tollit omnem conſecutionis in argumento & Cenſurâ Autumni.

Juſti-

Justinianus Augustus.

Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest) & tamen quia ex maleficio non est obligatus: quasi ex contractu debere intelligitur. §. VI. *Inst. de Oblig. è Qu. contr.*

1. Bachovius; Insubtiliter sane dicitur, *inquit*, si verum dicere volumus, à Justiniano in §. *item is 6. I. de Obl. ex qu. contr.* quod Indebiti condictio magis sit ex distractu. Neque enim ex eo quod expressè agitur, sed ex tacito consensu nascitur hæc actio & verò ex distractu nasci actionem absurdissimum sit, quod non satis expendit Tribonianus. Hæc ille ad τὰ πρῶτα *tit. de Pact. cap. de convent. tac. & ad d.* §. 6. Sed male Bachovius exemplo Fabriano, quod procul habere debuit in Tribonianum rejicit, quod is habet ex accurato Juris auctore Cajo, qui sic loquitur in *l.* 5. §. 3. *d. O. & A. Is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, & eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus, sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur ex contractu obligatus esse. Qui enim solvit per errorem, magis distrahendæ obligationis animo, quàm contrahendæ dare videtur.* Nimis est subtile, quod est Bachovii vitium, insubtilitatis & absurditatis arguere, quod in re ipsâ nihil à veritate jurisque ratione alienum continet, imo nec quicquam ab ipsâ Bachovii interpretatione remotum. Quid enim est in tacito consensu, quem ille condictionem Indebiti producere tradit? Quod partes id egisse videantur, ut si deinde constat, non deberi quod solvitur, solutum restituatur: hoc est, uti, quod nunc agitur, retractetur. Intentio tacita retractationis sive distractionis est causa quasi contractus, unde Condictio indebiti nascitur. Quid concinnius ad ipsius Bachovii disceptationem & ineptias ad Censuram proferri possit, quis dixerit?

Ulpianus Lib. XVI. ad Sabin.

Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur: vel si post multum temporis emerserit æs alienum: vel codicilli diu celati, prolati qui ademptionem continent legatorum solutorum; vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. Nam Divus Hadrianus circa inofficiosum, & falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate judicatum est. l. 2. §. 1. *d. Condict Indeb.*

1. Censura hic est, adversus eam partem legis, quâ id quod solutum est è testamento, quod irritum vel ruptum fuerit, ob defectum Juris solemnitatum, repeti posse dicitur. Nam si testamentum reperiatur falsum, nulla causa est, cur solutum non repetatur; quia non fuit voluntas defuncti, ut solveretur. At si ratione solennitatum vel requisitorum Juris Civilis irritum & vitiosum sit Testamentum, voluntas autem defuncti sit evidens, ad hoc, ut legatum solve-

retur, res incidit in locum communem à nobis fuse tractatum *in part.* 1. *Digress. lib.* 4. *cap.* 34. *& seqq.* item *in lib.* 3. *de Jure. Civit. sect.* 1. *c.* 3. Amesius & cum eo plures alii statuunt, in foro conscientiæ, dominium transferri per testamentum non solenne, quando scilicet de voluntate Testatoris constat, adeò, ut tum cesset vis Juris Civilis. Nec is, in cujus favorem Lex irritum facit talem actum, salva conscientiâ, contra eundem agere potest coràm judice, aut petere, ut declaretur irritus aut nullus, si constet ipsi de veritate. Perinde solutum multo minus, ut hic, condicere potest, *lib.* 5. *de Conscient. cap.* 1. *n.* 13. 18. Secundum hanc sententiam rescriptum videtur ab Antonino Imperatore *in l.* 2. *C. de Fideicomm. Etsi inutiliter fideicommissum relictum sit, tamen, si heredes, compertâ voluntate defuncti, prædia ex causâ fideicommissi avo tuo præstiterunt, frustra ab heredibus ejus, eâ de re quæstio tibi movetur cum non ex eâ solâ scripturâ, sed ex CONSCIENTIA relicti fideicommissi, defuncti voluntati satisfactum esse videatur:* cujus textus in prioribus locis mentionem fieri non contigit.

2. Hac autem de re sic habendum: Qui solvit legatum in testamento jure civili vitioso relictum, vel per juris errorem, vel ideo quod voluntatem defuncti implere vellet, hic solutum repetere non potest, nec ejus heredes possunt. Nam si, non obstante vitio, defuncti voluntatem implere voluerit heres, quod sponte fecit, nullo modo retractare potest. *l.* 62. *h. t.* Id autem in specie legis objectæ usu venisse, *Conscientiæ* vocabulum indicat. Nec quidem, si per juris errorem putans valere testamentum, solverit, repetitio datur. *l.* 2. §. 3. *d. Jur. & fact. ignor.* Sed in nostra *l.* 2. citra valorem testamenti ponendus est error facti; cum nesciret heres de facto, quod testamentum esset falsum, inofficiosum, aut irritum factum quæ vitia pendent à factis non apparentibus in testamento. Nam in vitiis solennitatum visibilibus, præsumptio in diversum inclinaret. Quando igitur ex post facto vitium testamenti detegitur, solutum eâdem ratione condici potest, quâ prius solutio negari potuit. Sed non potuisset, salva pietate animique conscientiâ, dicit Amesius, & qui cum eo stant Viri graves, & docti. Nobis contra sedet, ex eo quod sæpe nobis servit, principio; Leges circa dispositionem patrimonialem, in universum ratione probabili subnixas obligare conscientias civium; etsi nonnullis aliquid damni exinde, sine suâ culpa, inferri contingat: cum ex auctoritate divina, quæ Potestatibus earumque jussis parere dictat, οὐ μόνον διὰ τὴν ὀργήν, ἀλλὰ καὶ διὰ τὴν συνείδησιν, *non modo propter iram, sed etiam propter conscientiam*; tum quia lex est Sponsio civium; in quam vel ab initio vel cum civitati aggregati sunt, tacite saltem, consenserunt. Valet autem ejusmodi consensus, quo singuli se periculo damni, quod ex *Lege* publice utili & receptâ, submittunt, neque postea de eventu illos queri posse, ratio manifesta dictat. Adeò, ut is potius qui Legi receptæ se opponit, conscientiam sollicitare videatur. Ad objectiones Amesii & aliorum copiose respondimus *in locis citatis*. Adde, si placet, D. Ioh. Andr. vander Muelen *in part.* 3. *de Jur. Poli Qu.* 24. 25. 26.

Pom-

Pomponius Lib. xxII. ad Sabinum.

Quamvis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit. Veluti si is, qui heredem se, vel bonorum possessorem falsò existimans, creditori hereditario solverit: hic enim neque verus heres liberatus erit, & is, quod dedit, repetere poterit. Quamvis enim debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit. l. 19. §. 1. d. Condict. Indeb.

1. Autumnus; Contraria sententia probabilior est, & vera mihi videtur, & congruit cum eo quod Paulus ait, *in L. Repetitio 44. h. t. Repetitio*, inquit, *nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quàm à vero debitore solutum est.* Imperator Antoninus etiam scripsit Posthumianæ in *l. 5. C. de petit. hered. Solutum ab eo, qui falsò se heredem vel bonorum possessorem existimabat, repeti non posse. Ita Autumnus.* Quod ad Eunomiam attinet, facile tuemur æquitatem hujus loci: Ut is qui errore facti solvit tibi, quod alius tibi vere debebat, ab se indebite solutum repetere possit: Nititur enim hæc Condictio tacito partium consensu, ut, si constiterit, solventem nihil debere, pecunia restituatur: quod ipsa res & solventis innocentia postulat; maxime, cum id sine creditoris, salvum jus contrà suum debitorem habentis, injuriâ fiat. Antinomia cum *l. 44.* plus habet difficultatis; quæ etsi propriè non sit hujus loci, non potest tamen occurrens omitti. Vulgaris est solutio, per distinctionem Accursio & Bartolo usurpatam; Dari condictionem, si quis suo nomine quod alius debebat, solverit; secus si nomine veri debitoris aut hereditatis. Hæc distinctio rem ponit extra omne dubium, si modo vera sit; Ex hac *Lege* 19. §. 1. *d. l. 44. & l. 5.* non potest colligi; etsi nihil sit etiam in illis, quo refutetur. Sed habetur *in l. 31. in pr. d. Hered. petit.* verbis, *Finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine.* Quominus inde in hunc locum transferatur articulus ille distinctionis, & huic Quæstioni applicetur, nihil est quod prohibeat, quod suadeat Eunomiæ & Antinomiæ causâ, satis esse videtur; ut Censuram amovere liceat probabiliter.

Ulpianus Lib. xvI. ad Edict.

Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitæ solvit. Sed si suprà legitimum modum solvit, Divus Severus rescripsit, quo jure utimur, repeti quidem non posse, sed sorti imputandum: Et si postea sortem solverit, quasi indebitam repeti posse. Proinde & si ante sors fuerit soluta, usuræ supra legitimum modum solutæ quasi sors indebita repetuntur. Quid si simul solverit? poterit dici, & tunc repetitionem locum habere l. 26. in pr. d. Condict. Indeb.

1. Iniqua bonis Viris debitoribus, æqua nimis positio fœneratoribus! positio, inquam prima, usuras indebitas sortis debitæ repeti non posse. Adeone favorabile fœnus est, ut de regulâ condictionis indebiti, cujus æquitas naturalis est, excipienda fuerit? Quid est causæ, quod usura non debita, per errorem soluta, con-

condici nequeat? Hæccene, quod sors erat debita? Numquid ergo, sors sine usuris esse non potest? Adeone jam non solummodo licitum est fœnus, de quo merito divini & humani Juris Consulti ambigunt, sed etiam necessarium? Censura gravis! quam Veteres Pandectarum editores non sustinentes, ita vulgatam posuere lectionem, pro, *sortis debitæ*, ut est Florentiæ, *sorti debitas*; sed inepte & sine sensu: quo enim respectu usuræ fuerint indebitæ, si debitæ sorti? Antonius Faber *ad h. l.* defensionem hujus loci petit ab ipsâ Æquitate Obligationis Naturalis, ad ἀντιδωρεῖν, sive remunerandum, de quâ est *in l.* 25. §. 11. *d. Hered. Pet.* Quasi debitor, qui habet usum pecuniæ gratuitum, naturaliter ad usuras, remunerandi creditoris gratiâ, teneri videatur. Sed primò, hæc ad remunerandum obligatio est tantum probabilis & arbitraria, non pertinet ad expletricem justitiam, nec ullum in Jure Civili effectum habet; tota generositati & arbitrio ejus, qui beneficium accepit committitur, *in d.* §. 11. Non potest igitur impedire condictionem indebiti; siquidem is effectus juris notabilis foret. Præterea; pro pecuniâ mutuo datâ usuras deberi, tantum abest, ut jus naturale, vel grati animi dictet officium, propius ut à corruptione contractus benefici absit usurarum solutio; quas ipsum Jus Civile prohibet in Contractibus, ubi per se non debentur, nisi in expressam deductas stipulationem. Rationes, quibus multi Viri gravissimi dant operam, ut omnem usuram probent esse illicitam, si istud non efficiunt, ut certe illuc eniti non possunt, ut Usura plane nefaria sit, hoc tamen facile consequuntur; ut ne prætextu gratitudinis, obligationem Juris naturæ comminiscamur, quæ prohibeat eum, qui non debet usuras, erroneè solutas repetere; quod de quolibet alio debito fieri, naturalis æquitas efficacissime dictat. An verò sorti saltem imputandum, quod usuræ causâ indebitè solutum est, ut hic adfirmatur de eo, quod supra Legitimum usuræ modum fuit solutum? Haud abs re sic aliquis putet, quia hoc etiam condici posse negatur, & tamen imputatur sorti. Nec quod plane non debetur, pejoris oportet esse conditionis, quam in genere quidem suo debetur, verumtamen modum legis excedit. Sed non patitur ita nos statuere, positio simplex & clara; Usuras indebitas sortis debitæ repeti non posse. Ut in sortem imputari queant, opus est textu, qui hic deficit: Et est ratio diversitatis; quod prohibitio legis expressa solutionem ipso jure nullam reddit. Talis autem prohibitio Legis non est de usuris indebite solutis; quia causa indebiti, magis est facti, quod promissæ non sint, quam Juris, quia promitti potuerunt. Quid igitur? Ego non à Jure Naturæ, sed à Civili & usu populorum, hujus doctrinæ causam puto arcessendam. Mutuum suâ naturâ contractus est beneficus, & usurarum præstatio, sicut ubique rationi naturali non repugnat, est tamen universa juris positivi, εὕρημα βίου καὶ χρόνου, *Inventio temporis & usus*, & ancipitis observantiæ institutum à plerisque receptum, multis olim cane pejus & angue exosum, semper Hebræis, diu Romanis. Sed tandem perrupit, in tantum, ut nemo notabilem pecuniæ summam alteri sine usuris facile prorogет. Unde, si quis sortis verè debitæ solverit usuras, ex usu recepto & tacito consensu, quem res ipsa ferat, illas solvisse videtur: Ut ne quidem, errore probato, visum fuerit dare condictionem, ex causâ, de qua justam querendi causam, qui solvit, habere

bere non videatur. Nec esse creditur in dolo aut indebiti accepti causâ, qui accepit, quod homines communiter sorribus accedere creditis intelligunt ac interpretantur. Prope enim est, ut vulgo putent, iniquum esse, pecuniis alienis sine mercede, gratis uti.

Paulus Lib. xxxii. ad Edictum.

Judex si male absolvit, & absolutus sua sponte solverit, repetere non potest L. 28. *d. Condict. Indeb.*

1. Dissentit à Paulo Groenewegius *ad h. l.* nec dubitat, quin moribus hodiernis hæc sententia non obtineat; non quod æquitati naturali repugnet; hæc enim est pro Paulo; cum Judex, absolvendo verum debitorem, æquitatis Legem violaverit; & solvendo quod debetur, res sit in situ naturali, quem moveri non oportet. Sed ratio publici juris & connexio positionum Artis repugnat, quæ major est difficultas quam primo intuitu videtur. Res enim judicata pro veritate habetur *l.* 19. *d. Stat. hom. l.* 207. *d. R. J.* Idque moribus nostris validius obtinere Censor adfirmat, *ut sententiæ quamvis iniquæ & ipso jure nullæ, judicati auctoritatem obtineant, nisi per appellationem aut alio legitimo modo rescindantur.* Largius quàm par est loquitur; Quippe contra sententias, quæ ipso jure nullæ sunt, Querela Nullitatis quæ est perpetua, hodiernis moribus sublata non est, *Gail.* 1. *obs.* 127. sed quæ nonnisi per appellationem rescinduntur, hæ fatalibus elapsis, sine discrimine æquitatis, aut iniquitatis sunt inretractabiles, & justa causa debiti est, quæ re judicata nititur, *d. l.* 19. *d. l.* 207. Accedit argum. *l.* 26. §. 3 *h. t.* ubi Ulpianus ita scribit; *Indebitum solutum accipimus, non solum, si omnino non debeatur, sed &, si per exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit.* Quæ autem est validior exceptio perpetua, quam rei judicatæ *tot. tit. de Excep. rei jud.?*

2. Quid ergo? Respondendi medium suggerere videtur Ulpianus idem in *d. l.* 28, addens; *nisi sciens, se tutum exceptione, solvit.* Hic autem textus non dicit, sciens an ignorans, se absolutum, debitor solverit; Ergo dicamus, scientem solvisse, verbis *sua Sponte*, quo casu proculdubio non datur condictio *l.* 1. *in fin. h. t.* Sed Groenewegius occupavit hanc objectionem, posito, debitorem solvisse per imprudentiam sive errorem. Quod etsi non habetur in textu, & verba, *sua sponte*, diversum indicare videntur, negare tamen non ausim: quia per omnem *hunc tit.* ubi de condictione indebiti agitur, solutum per errorem & quidem facti imprimis, supponitur *d. l.* 4. *& pass. h. t. l* 10. *C. eod.* Idem colligi potest, ex *l.* 60. *in pr. h. t.* Ubi Paulus idem, qui est auctor *hujus l.* 28. docet debitorem verum, sive absolutum sive condemnatum, si solverit, non posse condicere, *quia naturâ tamen debitor permanet*, quâ nihil opus erat ratione, si quidem sciens prudens solvisset, neque minus illa ratio convenit ignoranti, quàm scienti. Verba igitur *Sponte solverit*, intelligantur opposito sensu ad vim executionis. Teneamus igitur hanc rationem; quod verus debitor absolutus, solutum non condicat, quia naturalis obligatio impedit condictionem

indebiti *l.* 38. §. 1. *h.* Magis enim naturalis quam civilis est Indebiti Condictio *l.* 15. *in pr. h. t.* & Naturalis ratio civilem vincit, ut debet. Ac ideo hæc etiam regula; Qui exceptione perpetuâ tutus est, condicit; hanc patitur exceptionem: nisi naturaliter obligatus fuerit; quam certe non tollit rei judicatæ, quæ civilis est, exceptio. Verum ita non solvitur nodus, qui implicat censuram, quod res judicata, licet ex injustâ causâ parit actionem & exceptionem utramque efficacem. Quomodo igitur soluti ex re judicata condictio datur? Sane quod aliqui volunt, Reum condemnatum, postquam solvit, denuo & semper audiendum esse, quando per condictionem Indebiti solutum quia nunc fit Actor, cum antea Reus fuerit, repetit, sine metu exceptionis rei judicatæ Carpzov. *Process. tit.* 6. *art.* 3. *n.* 67. *& seqq.* Struv. *ad Tit. d. Re Judic. n.* 21. nimis aberrat à vera Jurisprudentia, & à nobis refutatum est in *prælect. ad Tit. de Except. rei jud. & suprà ad l.* 10. §. 3. *d. Edend.* sed imaginemur statum quæstionis. Id enim operæ pretium est fieri, ad rem penitus explicandam.

3. Absolutus debitor, ignarus sententiæ latæ, solvit creditori, quod verè debebat: Cognitâ re judicatâ, repetit solutum. Creditor respondet; Tu mihi verè debes quod solvisti; Ergo non potes repetere. *Debitor*; putavi me debere, sed eventus litis docuit, me non debere. *Creditor*; Ego vero paratus sum probare, te vere debere quod solvisti, & probabo. An iterum hæc res veniet in disceptationem? An res judicata, quæ parit actionem & exceptionem, non proderit etiam ad Replicationem? Difficile & alienum à ratione juris id fuerit. Denique, si ponere non licet, quemadmodum urgere non ausim, debitorem hic sententiæ gnarum fuisse, supponendum tamen videtur, quæ ratio respondendi unica est: Agnovisse causam debiti solventem, eamque rem esse in luce manifesta. Proinde *Statum* ita ponamus. Debitor ait; Redde quod tibi solvi. Creditor; non reddam, debes mihi vere quod solvisti. *Debitor*; Equidem fateor, sed aliter judicatum est; Res judicata pro veritate habetur. *Creditor*; hæc est positio Juris Civilis, quæ cedere debet evidentiæ juris & veritatis Naturalis. Hoc modo cur Naturale Jus & Civile positivum in hac causâ, confligere videantur, causa non apparet. Et mihi non videtur ab Eunomiâ remotum, subsistere in hoc intellectu: Nisi quid adferas melius, solidius, Lector.

Julianus Lib. x. Digest.

Mulier, si in ea opinione sit, ut credat, se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, repetit. Sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. l. 32. §. 2. *d. Condict. indeb.*

1. Ex hoc loco communiter ita statuitur; In causâ dotis cessare condictionem Indebiti, & causam dotis esse piam. Displicet hoc, & Lectio Florentina Cujacio aliisque, & secundum illos, Fabro, quibus in extraneis mulieribus, nulla Doti in genere causa pietatis adscribi posse videtur: Utilitatis quidem ratio publicæ, Doti convenit; Pietas inde aliena est, ut volunt. Ideo pro, *Mulier*, legendum *Mater*, ut per consequens, Avia quoque intelligatur. Etsi enim ma-

matris aviæque officium non sit, dotare filias Jure Civili, sed Patris avique paterni *l. ult. C. de Dot. promiss. l.* 19. *d. Rit. Nupt.* negari tamen non posse, quin, si dent dotem mater aviaque, pietatis officio fungantur *arg. l. Nesennius* 34. *d. Negot. gest.* Atqui in hoc textu, pietatis causa è præsumptione quasi ex natura negotii colligitur, si de aliâ causâ impulsiva dotem dandi non constet, quâ proinde exstante, superesse pietatis præsumptionem: Fuit hic quidem alia dotem dandi causa opinio scilicet, mulieris, se fuisse obligatam pro dote; qua remotâ, provocatur ad rationem pietatis, quæ sit naturalis. His convenienter Accurlius verbum *mulier*, explicat, per, *Mater*, aut *extranea*, sentit igitur nihil interesse, & dotis causam generaliter habere causam pietatis: quod ut dictum, frigidius videtur Viris egregiis. Mihi vero ne hoc quidem liquet, cur potius hic casus de Muliere, sive de matre, sive de extraneâ, quam de Viris qui dotem dederint, iisque vel extraneis, vel necessariis concipiatur. Numquid enim hæc positio de Viris minus est vera, quam fœminis, ut, si cum putent se dotis causa obligatos, solverint, pietatis causa minus in illis quam in mulieribus habeat locum? Non potest non eadem esse ratio. Nam si forte superstitio mulieribus aliquanto major sit, Pietas etiam virilis virtus est. Cur igitur hic mulier nominatur, aut mater potius, quam Vir, aut Pater avusque? De patre dicet aliquis, illum necessario ad dotandum teneri, ideoque in eum nullo modo convenire causam repetendi quam dedit, dotem. At hoc tantum est verum in patre qui filiam in potestate habet. Respectu emancipatæ, pater & avus, & quidem paternus, maternus indistinctè, ad Speciem hujus Legis æque pertinet ac mater aut avia.

2. Non videtur igitur Emendatio rationem habere, qua virilis sexus à dote danda vel à pietatis causa, quatenus hæc inest Doti, excludatur. Cogitemus igitur, an non hic etiam verum sit, τὸ ἀκίνητον ἄμεινον; *Nil movere, tutius & melius.* Denique sic videamus; An non *mulier* hic simpliciter, ad sanum huic Legi sensum conciliandum, posita intelligatur, Ea, quæ nupsit: excellenter ideo dicta *mulier*, quia relatio negotii, ipsius erat propria. Factum sit ita; Nupsit mulier, interventu suorum, putavit, dotem esse promissam Viro è suis bonis, quam solvit. Deinde, à Viro diffidens intellexit, promissionem nullam esse factam; Et vult condicere dotem ut indebitè solutam. Non potest: obstat ei pietas, id est, adfectio necessitudinis erga maritum & liberos forte jam susceptos, & matrimonii sanctitas. Ita nihi est dubii, cur hic *mulier* potius quam Vir exprimatur; cur pietas adscribatur doti: Cur Mulier, inquam, per excellentiam ponatur. Ita nihil opus erit emendatione textus Florentini. Denique, limitatio notabilis accedet huic exceptioni, cujus ratio nunquam generaliter reddi potuit; quod in causâ dotis cesset condictio indebiti, si mulier ipsa nubens dotem dederit. Addas tamen, ex ratione potius quam ex hoc Textu, cæteros in quibus pietatis argumentum est præcipuum, non modo matrem, aviam sed etiam patrem & avum, censeo. Postremò Textus à Censurâ liberatus est.

Julianus Lib. 39. Digeſtor.

Si in area tua ædificaſſem, & tu ædes poſſideres: condictio locum non habebit: quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam ſolverit, hoc ipſo aliquid negotii gerit. Cum autem ædificium in area ſua ab alio poſitum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed & ſi is, qui in aliena area ædificaſſet, ipſe poſſeſſionem tradidiſſet, condictionem non habebit: quia nihil accipientis faceret, ſed ſuam rem dominus habere incipiat. Et ideo conſtat, ſi quis cùm exiſtimaret, ſe heredem eſſe, inſulam hereditariam fulſiſſet: nullo alio modo, quàm per retentionem, impenſas ſervare poſſe. l. 33. d. Condict. Indeb.

1. Locus omnium reprehenſionibus obnoxius, ut nimia ſubtilitate Civili, gravis æquitati naturali. Ædificavi in tuo ſolo, bonâ fide. Repetenti tibi fundum, opponere poſſum repetitionem impenſarum, & tantiſper retinere domum ejuſque ſolum. Sed pone, me tibi fundum una cum domo reſtituiſſe. Jam peto impenſas in exſtruenda domo, bonâ fide factas. Sed quanam actione? Perſonalem non habeo, quia tecum nihil contraxi, aut ullum habui negotium. In rem quoque nulla eſt actio, quia ſoli dominus etiam eſt dominus ædificii §. 29. *I. de A. R. D. l.* 7. §. 10. *eod.* Ergo nihil petere poſſum, qui jus retentionis omiſi. Quid ergo? Dominus ſolim eo cum damno locupletabitur? Injuſtum id quidem, naturaliter & civiliter; niſi quod inciviliſſimum eſt, Civile dicendum fuerit. Ergo dandum aliquid remedii extra ordinem, quod omnes concedunt Interpretes, etſi Julianus hic nihil ſuppeditet, neque plus ſit in *l.* 14. *d. Except. dol.* & *l.* 48. *d. R. Vind.* Nec omnino, qualis ſit actio, facile dictu eſt. Cujacius dat incerti condictionem. Alii utilem negotiorum geſtorum actionem; vel officii judicis implorationem, quæ deficientibus ordinariis agendi principiis, applicari ſolet. Horum aliquid amplecti oportet, etſi ἄγραφον, Eunomiæ causâ. Moribus hodiernis, hac parte minus laboratur, quia nomen actionis exprimi non ſolet. Dari tamen repetitionem impenſarum, non dubitatur, idque à Suprema Friſiorum Curia Proſocero meo adjudicatum ſcio; cum is ex fideicommiſſo fundum, in quo domus ædificata durante poſſeſſione fiduciariâ, ipſius erat, tradidiſſet, ac impenſas ex poſt facto repeteret: Recepit eas, ſed lite moleſtâ, quam retentione vitare potuiſſet. Danda eſt igitur actio ex principio generali, quod eſt *in l.* 32. *in fin. de Reb. Cred.* Videlicet, quod impenſas bonâ fide factas reſtitui, *bonum & æquum eſt.*

Africanus Lib. IX. Quæſtion.

Frater à fratre, cum in ejuſdem poteſtate eſſent, pecuniam mutuatus, poſt mortem patris ei ſolvit. Quæſitum eſt, an repetere poſſit. Reſpondit, utique pro ea parte, qua ipſe patri heres exſtitiſſet, repetiturum. Pro ea verò, qua frater heres exſtiterit, ita repetiturum, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem perveniſſet. Naturalem enim obligationem, quæ fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri, quòd peculii partem

tem frater sit consecutus: adeo ut, prælegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti à fratre ex eo fieret. Idque maximè consequens esse ei sententiæ, quam Julianus probaret: si extraneo quid debuisset, & ab eo post mortem patris exactum esset; tantum judicio eum familiæ erciscundæ reciperaturum à coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur & si re integra familiæ erciscundæ agatur: ita peculium dividi, æquum esse, ut ad quantitatem ejus indemnis à coherede præstetur. Porro eum quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum. l. 38. in pr. d. Condict. Indeb.

1. Difficultas hujus Legis adeo celebrata posset à nobis omitti; nec enim *Ανομία*, sed Eunomia nostri instituti est; nisi causa difficultatis esset, Rationis inopia, quâ Species hujus textus laboret. Faciemus autem quod facere & ipsi solemus, & aliis faciendi auctores sumus; textum ipsum presse intuebimur. Interpretum exegeses infinitæ primo aditu plus tenebrarum quam lucis adfundunt. Facti Species sic est: Tu & ego sumus fratres in ejusdem Patris potestate, à quo peculium mihi datum est. Ego à te centum mutuo accepi, cujus obligatio Patri jure patriæ potestatis acquiritur, ut constat. Moritur Pater, nobis solis heredibus. Ego tibi mox centum mutuo sumptos restituo: per errorem, quia Patri competebant, ac ideo pars dimidia jure hereditario ad me ipsum pertinebat. Hanc igitur partem, id est, *quinquaginta*, ut indebitè soluta, repetere possum. Interim ex meo peculio, unde mutuum tibi, patre vivo, solvere debuissem, tu alios quinquaginta consecutus es. Et tamen eosdem tibi solvi. Bis igitur illos habes; Ergo & hosce merito repetam. *Hactenus factum; Sequitur adstructio decisionis.* Eram sanè Tibi naturaliter obligatus & Re: Patri civiliter; Quod enim filius Patri acquirit, id juris positivi & civilis est, sed Res & numeratio facit obligationem naturalem. Huic Naturali obligationi, præstatione de peculio, è quo habes quinquaginta duntaxat, pro parte satisfactum est; Naturaliter enim Mutuum à te sumptum ipse de meo peculio solvere debui. Nam &, si pater cujus erat peculii proprietas, id mihi legasset, tu tamen ex eo debitum tuum deduxisses. Debuit igitur inde tibi solvi, & habes inde quinquaginta: Reliqui autem 50 erant mei, ut coheredis. Etsi hoc non tam ex causâ naturali, quam civili, quod jus hereditarium veniebat à patre, cui jus mutui civiliter quæsitum fuerat. Proinde cum illos insuper tibi solverim, repetitio nullum habet dubium. Sed tu dices, Peculium meum, partem hereditatis esse factum; cui jam solutio facta, quæ ex peculio meo seorsim fieri debuisset, meo solius commodo imputanda non sit. Imo debet, inquam; Pone me centum extraneo debuisse de peculio, qui post obitum Patris illos à me exegit. *Ego tamen peculium totum, ut fuit tempore mortis Patris, contuli, etsi ex eo decesserit, quod solvi.* Æquum igitur est, ut coheredes mei in familiâ erciscundâ, suppleant iterum, quod de peculio decessit, & quod Creditor, si à me solutum non fuisset, ab heredibus, ad quos jam peculium meum spectat, consequi potuisset. Multo magis igitur si tu meus frater, tuum creditum ex meo peculio adeptus es, quod ego tibi seorsim solvi restituere mihi debes; ne damnum, quod ab extraneo mihi non esset inflictum, à fratre sustineam. Factum ita explici-

tum satis clarum sibique & Juri consentaneum videtur. Nec quare pro *repetiturum*, legendum sit, *non repetiturum*, ut vult Hotomannus. scire desideret, qui facti speciem, ut hic est subducta, intuetur. Adstructio rationalis obscurior est, quam arcessitis difficultatibus augere non placet: qualis & hæc mihi videtur; quod frater Creditor etiam habuerit peculium, quod & debitor frater participavit, & cum suo peculio compensare debuit, ut D. Wissembach ex aliis sibi objicit. Quod Africanus præterit, nobis etiam præterire licet; cum necesse non sit dictu, alterum fratrem æque habuisse peculium profectitium; potuit enim esse adventitia vel castrensis, aut aliunde mutuata pecunia quam frater fratri dedit mutuo. Etsi aliter D. Wissembach, *ad h. t. th.* 17. Nos in hac brevi expositione, rei non nimis directè nostri instituti, subsistimus; Longioribus *ἀναγωγαῖς*, quæ finem non habent, Eunomiæ non tam consuli, quam hujus operis molem augeri posse reputantes.

Justinianus Augustus.

Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem, non debitum solutum sit: Sic namque definierunt veteres; Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse §. ult. I. de Obl. Qu. quasi ex Contr.

Cum Indebiti soluti petitio sit ex ipsa Æquitate Naturali, mirum & absurdum videtur; si quis solverit, quasi ex causa damni per injuriam dati, cum nihil damni dederit: vel quasi ex legati piis locis relicti, a quo nihil est legatum, aut è deposito miserabili, apud quem nihil erat depositum, quæ sunt tres causæ in Jure cognitæ, è quibus infitiando lis in duplum crescit, *d. §. ult. & §. 26. I. de Action* Huic, per innocentem opinionis errorem, inquam, talis indebiti soluti repetitionem negari, iniquum videtur. *Nam manifesta æquitas reclamare videtur*, ait Vinnius *ad §. ult. Inst. Nec habeo quod respondeam*, pergit; *nisi quid verisimile est* (totum conjecturale est) *certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in Jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent. Unde postea inductum ut qui ex his causis conventus solvisset, quantumvis indebitum, non repeteret: quasi simplum ideo solverit, ne infitiando periculum à se amovere voluerit.* Dixi ad hanc rationem ad d. § *ult.* illam esse obscuram. Nihil obscuritatis subesse videtur Thomasio in *Scholiis* ad *positiones nostras in d. tit. Ipse auctor*, inquit, *fatetur, id quod nomine Transactionis datur, non posse condici, tanquam indebitum, quamvis sine verâ causâ præcedente detur.* Hactenus bene; sed non bene connectit Vir Cl. dum pergit: *Ergo, qui in causâ depositi miserabi u quid solvit, præsumitur id non ex errore solvisse, sed ex metu dupli.* Unde præsumptio illa; Quodnam fundamentum præsumendi transactionem, in eo, qui in errorem inductus solvit, quod debere se persuasus erat. Solvendi non transigendi animo dedisse præsumendus est. Transactio enim ne quidem in eo, qui dubitavit an deberet, præsumitur; ubi longe tamen facilior erat de Transactione præsumptio. Facessere illam jubet ab indebiti solutione præsumptionem Justinianus in *l. ult C. de Condict. Indeb.* quam de solutione per metum & anxietatem facta perperam interpre-

pretatur Thomasius, cum nihil ejusmodi sit in textu. Mihi nihil adhuc liquet, nisi quod τῶν κεκρυμμένων περὶ τῆς ἀρχαίας, hæc *regula de cessante condictione Indebiti, placuerit antiquis.* Credo non sine ratione; Quæ sit autem ratio non admodum mihi constat. Autumnus hic nihil invenit difficultatis, qui tenet, Ab eo qui vere sibi debitum accepit, etsi ab alio, quam à vero debitore solutum nihil reperi posse, quâ de re diximus ad *l.* 19. *suprà h.t.* Proinde si dicas, damnum reverâ fuisse datum alicui; Legatum vere esse relictum Ecclesiæ, Depositum ruinæ tumultus, naufragii causa ab aliquo esse factum: At solutionem erroneè esse factam, ab eis qui verè non debebant; miserationis in illis negotiis ratio, facile præcideret condictionem indebiti, quam alii generaliter negari volunt, & velle videtur JCtus in *l.* 44. *h.t.*

Papininaus Lib. 11. Quæstion.

Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit; neque nupsit. An eandem repetere possit, quæsitum est: dixi, cum ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem: & in delicto pari potiorem esse possessorem, quam rationem fortassis aliquem secutum, respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed rectè defendi non tam turpem causam in proposito, quàm nullam fuisse: cum pecunia, quæ daretur, in dotem converti nequiret: Non enim stupri; sed matrimonii gratia datam esse. Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit, cessare condictio prima facie videtur: quoniam jure gentium incestum committitur: Atquin vel magis in ea specie, nulla causa dotis danda fuit. Condictio igitur competit. l. 5. d. Condict. sine causâ.

1. Videndum, ne non par subtilitas hæc sit ei, quæ fuit Ulpiani in *l.* 4. §. 1. *d. Condict. ob. turp. caus.* velandæ Turpitudini potius, quam ut exinde solide refutari possit ratio dissentientis JurisConsulti, quem notat Papinianus; qui statuebat, mulierem, quæ dedit avunculo, privigno, socero dotem, nuptiarum causâ, fuisse turpis consilii participem, ideoque non dandam illi esse repetitionem. Ita plane sentit Autumnus *ad hanc L.* Quod enim Papinianus excipit, non tam fuisse turpem, quam nullam dandi causam, cavillatorium videtur; quia quod nullum est, turpe simul esse nihil vetat, imo semper ita usu venire, non est dubium *l.* 26. *d. V. O.* Multa Faber in hanc rem pro Papiniano, non minus quam hic ipse, subtiliter: In quibus acquiescere vix licet. Est sanè pro illâ, quæ pecuniam dedit avunculo, hæc ratio; quod nuptiæ cum avunculo, ut nostræ leges volunt, jure non naturali, verum civili tantum sunt prohibitæ, cujus ignorantia mulieribus ignoscitur *l.* 38. §. 2. *Ad L. Jul. de Adult.* Sed hæc ratio cessat in his, quæ privignis & soceris nubere cum vellent, pecunias in dotem dederunt, de quibus est *in* §. 1. cum illi sint incestus Juris Gentium, ut ipse Papinianus fatetur. Quid ergo, si hoc modo dicamus? Fundamentum decisionis esse, quod major sit turpitudo in his nuptiis, Viri quam fœminæ, nec ideo ferendum, ut penes illum dos flagitiosa resideat: Satius esse, ut in actu nullo cuncta retro agantur. Id ut speciose fiat, separantur hæ Positiones; *Pecunia*

data

data est ob turpem causam. Data est ob nullam causam: Utraque vera positio est. Ex ultima mulier agere jubetur. Altera sequitur, nec Vir eam objicere potest repetenti pecuniam fœminæ, quia de turpitudine sua lucrum facere vel remedium juris exercere non debet. Hæc moderatio cur valde reprehendenda sit, non apparet ratio.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

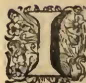
AD

LIBRUM XIII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. 18. ad Sabinum.



N furtivâ re soli domino condictio competit. l. 1. d. Condict. furt.

Justinianus Augustus.

Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, si apparet eum dare oportere. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet, quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat. Nec res jam actoris est, magis ejus fieri potest. Planè odio furum, quo magis pluribus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, si apparet eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit. § 14. *I. de Action.*

1. Non evitant hæc loca Censuram, quasi doctrinam male cohærentem sibique & rei naturæ adversam continentia. Etenim Condicere est ad dandum aut faciendum agere §. 14. *I. de Action* Qui rem suam petit sibi restitui, non agit ad dandum *h.* §. 14. nec proinde condicit, cum hoc sit, agere in personam *d.* §. 14. Hinc nemo rem suam condicit, præterquam *Furi* habetur in *l. ult. in fin. Usufruct. quemadm. Cav.* Nec tamen hoc cum rei veritate convenire videtur.

Con-

Condicere enim cum sit, agere ad dandum, & dare sit dominium transferre *d.* §. 14. *l.* 75. §. *ult. d. V. O.* per Condictionem furtivam, dominum rei non agere ad dandum, facile demonstrari potest. Quando enim res ipsa furto ablata adhuc extat apud furem, eo casu non agitur ad dandum, sed ad restituendum, quia res furtiva non abiit è dominio nostro, neque facta est furis, sed à Domino vindicari potest §. *ult. I. de oblig. ex del.* Quod si res non extet, pretium quidem condicitur; sed non ex jure dominii, quia dominus rei non est Dominus pretii, nec hoc vindicatur, sed condicitur *l.* 23. *d. Reb. Cred.* Ergo verum non est, quod dominus rem suam furi condicat, hoc est, jure dominii ad dandum agat, ut Justinianus adserit *in* §. 14. *& d.* §. *ult.* Secundum hæc, post alios, ita D. Wissembachius *ad pr. h. t. Fateamur quod res est*, inquit, *verbotenus condictione furtivâ agi ad dandum, reverâ autem agi ad restituendum: Nemo condicit rem suam furi propriè loquendo; Etiam JurisConsultis non raro contingit in re seriâ nugari.*

2. Hæc est Censura, cui exactè satisfacere difficile apparet. Quod enim *ad h. l.* Antonius Faber præfert, Dominum rei furtivæ dici contra furem agere ad *Dandum*, hoc est, dominium recuperandum, ideo sic esse conceptum, quia fur voluit dominus fieri, non quia vere Dominus sit factus; id equidem non est πρὸς φάρμακον; nec idonea ratio, cur Justinianus exceptionem prodiderit celebrem, à Regulâ Juris fundamentali, non ex verâ Juris ratione, sed ex opinione furis tam falsâ quam maleficâ. Mihi nihil aliud in mentem venit, quam hoc, quod & verum esse crediderim, Condictionem furtivam, id est, actionem in personam furis, præter & supra rei vindicationem, quæ datur in corpus ipsum rei furto ablatæ, dari ad petendam æstimationem rei peremptæ vel deterioris factæ, cum eo quod interest *l.* 3. *l.* 8. §. 1. *l.* 13. *& passim h. t.* sic tamen, ut restitutionem ipsius corporis, si extat, comprehendat *d. l.* 8. *in pr.* Condictio igitur, id est, Actio ad Dandum, primario instituta, hoc est, ad repetendum, quod non est nostrum, scilicet pretium & id quod interest, tamen etiam complectitur rem nostram, cujus adhuc domini sumus, dum extat. Ac ita Condictio datur in rem nostram, *concretè*: nam in abstracto actionis argumentum aliter dividi potest: Ita quidem παράδοξον, inexpectatum est, quod dicitur, dominum furi condicere rem suam; nihil tamen παράλογον, illegitimum infertur quasi jure Dominii, de re nostrâ ageretur ad dandum Sed hoc solummodo verum est, dominum rem suam furi condicere: Condictio enim furtiva præcipue quidem de re non propria, sed tamen etiam de re verè nostrâ competit. Hoc nobis jam sedit in *Prælect. ad h. Tit. à Princ.* Tu dices; Si condictio furtiva præcipue instituta est, de re, cujus non sumus domini, scilicet æstimatione rei, vel eo quod interest, quomodo verum esse queat, dictum hujus *L.* 1. *Soli domino Condictio furtiva competit?* Res loquitur hoc ita intelligendum esse; *qui fuit dominus, cum res furto auferretur.* Aliter non habet sensum, quicquid in *hoc Tit.* de dominio rei jam peremptæ traditur *in l.* 3. *l.* 8. *& passim h. tit.*

Paulus Lib. XXXIX. Edictum.

Ex argento subrepto pocula facta condici posse, Fulcinius ait: ergo in condictione poculorum, etiam cælaturæ æstimatio fiet, quæ impensa furis facta est. Quemadmodum, si infans subreptus adoleverit, æstimatio fit adulescentis: quamvis cura, & sumptibus furis creverit. l. 13. d. Condict. Furt.

1. Censura Viri Cl. Examinanda est in foro animæ, *Lex Ex argento* 13. *ff. de Condict. furt.* quæ non patitur furem ab æstimatione rei, quam furto habuit, nequidem expensas necessarias deducere; neque per actionem, neque per retentionem posse consequi expensas utiles in re furtivâ factas; quin imo teneri ad restituendam æstimationem, ita ut meliorata est expensis furis. *Hactenus Job: Andreas Vander Muelen Vir A. in lib. de Foro conscientiæ, sive de jure polipart. 3. Quæst. 8. Et respondendum puto*, ita pergit, *Juris Consulti responsum in d. l. 13. Ex argento in Foro Conscientiæ non procedere, cum id non pertineat ad veram Justitiam Commutativam.* Adducit etiam argumentum ex *l. 5. C. de Rei Vind.* ubi malæ fidei possessor impensas necessarias repetit, utiles autem tollit, sine læsione prioris status: quod ipsum constat ex *l. 38. d Heredit. pet.* ubi Paulus scribit, benignius esse, in Prædonis etiam persona haberi rationem impensarum; addito, quia non debet petitor ex alienâ jacturâ lucrum facere; duntaxat, si res per impensas sit melior, *ut in fine d. l. 38.* limitatur eadem positio.

2. Responsio ad hanc Censuram est; Legem odio furum, cujus respectu multa singularia recepta sunt §. 14. *I. de Actio n.* procul omni dubio recte justeque potuisse constituere; quod rem, furto ablatam, sicut est in præsenti, restituere cogerentur, sine deductione impensarum a se factarum; quæ non æque furi indulgetur, quam malæ fidei possessori & Prædoni: Majus enim flagitium est, rem auferre per furtum, quam retinere possessionem rei, quam scias alienam, justo titulo venditionis aut donationis similique eam nactus, aut etiam sine titulo, qualis possessor appellatur *Prædo* in Jure, licet rem non abstulerit, sed fortuito in eam inciderit *l. 11. in fin. & l. 12. d. Hered. petit.* Sit furti illa quodammodo pœna, quam meretur improbitate suâ majore, quàm est simplex mala fides aut *Prædonis*, ut hæc vox in arte Legum accipitur, qualitas. Cur dominus rei furtivæ hac justâ severitate Legis adversus furem uti non possit? Cum etiam dupli vel quadrupli pœnam, jure Veteri & Divino salvâ, opinor, animi conscientiâ exigere potuerit. Mulctâ illâ moribus hodiernis subductâ privatis, nihil est causæ, cur saltem vestigium hoc qualecunque pœnalis in fures constitutionis exercere non liceat. Si enim verum est, quod D. Vander Meulen docet, pœnas in foro interno conscientiæ non obligare nec jus facere inter partes, etsi in foro civili adjudicentur, cedò quâ ratione defendam, pœnas dupli & quadrupli ipso jure divino sancitas, & quas rerum dominis utiles fuisse negari non potest; quas nec petere nec admittere potuerunt absque sententiâ judicis, quam petitio utique præcedere debuit? An Vox divina leges præscripsit, quibus salva religione populo Dei non liceret uti? Lex igitur, si de facto constet, probabili justâve ratione fundata, jus domino contra

tra furem, accipiendi luitionem maleficii omnino tribuit, & nisi humanas constitutiones à foro conscientiæ omnes relegare velimus, liquidam ipsis animis securitatem præstare eas oportet: Ut ad locum communem de consensu Civium in Leges, de quo egimus in *in lib.* 3. *de Jur. Civit. sect.* 1. *Cap.* 3. hic quidem recurrere nihil opus sit.

Scævola Lib. IV. Quæst.

Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. Et Pomponius epistolarum libro octavo, ipsum condicere ait ex causa furtiva. Sed & me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum. Sed altera condictione altera tollitur. l. 18. *d. Condict. furt.*

1. Nimis hoc rigidum videtur, ut is, qui nummos indebitos à domino sibi datos, sciens accepit, furti teneatur. Scimus quam facile hoc hominibus obrepat, ut nummos ultro oblatos, etsi gnaris sibi non deberi, admittant, neque repudient, occasione lucelli gaudentes insperati; etsi improbi animi factum, Furti tamen in famiâ ac atrocitate funestare, nimis ultra negotii modum videtur. Famæ non minusquam vitæ civium ratio vult esse parcendum. Ac ideo moribus hodiernis contrarium humanius esse receptum, testis est Groenewegius *ad h. l.* idemque multâ firmat auctoritate, de usu rei depositæ, commodatæ atque locatæ, ultra quam convenit, exercito; quod etiam Furti crimine pœnâque, veterum severitas persecuta est, secus ac hodie probat *ad* §. 6. & 7. *Inst. de Obligat. ex del.*

2. Disparis inter Jus civile Moresque observationis ratio esse videtur, quod olim de furto criminaliter & extra ordinem privati agebant *l. ult. d. Priv. del. l. ult. d. Furt.* quod hodie fit tantum à Fisci Procuratore; Privati nonnisi in id quod interest agunt. Publice autem Fisci nomine accusatio tam facile, nec nisi ob facinora directe furtiva, non quæ in contractum aut aliud negotium inciderunt, instituitur: ne, si ob quaslibet tralatitias occasiones Fisci Procurator se moveret, publicæ disciplinæ auctoritas evilesceret. Cæterum, in ipsa delicti æstimatione, non puto Mores hodiernos à Veterum disciplinâ degenerare; quin reverâ furti reus sit habendus, qui rem alienam fraudandi & lucrifaciendi animo contrectat: Nec enim alia nobis est Furti definitio, quam fuit olim. Verum, quia privatis non datur hodie, pœnæ, sed tantum ejus quod interest persecutio; & publico Fisci nomine de minoribus furti speciebus, maxime de his quæ in Contractus & negotia inciderunt, agi non solet, hinc usu venit, ut ejusmodi facta, quæ Fisci Procurator non persequitur, maleficii infamis odio & appellarioni, existima ione communi subducantur. Etsi graves & Prudentes Viri, ficum ficum, scapham scapham, vocare soliti; denique morum Censores & forum poli exercentes, ejusmodi facta nomine Furti insignire causam dubitandi non habeant.

3. Quod si comparationem instituere velis Eunomicam, jus Romanum facile sustinebimus cum in ejusmodi species definitio furti perspicuè conveniat. Nam qui ab alio pecuniam sciens indebitam accipit, is rem alienam dolo & lucrifaciendi animo contrectat; quæ res implet definitionem Furti. Rigor autem

tem Veterum, quibus nihil sanctius fide & integritate morum, magis est, ut nostri seculi mores agat in ruborem. Etsi non negem, posse videri in hanc quoque partem, dari quendam severitatis excessum; quo si quis referendum putet, quod Valer. Maximus *lib.* 8. *c.* 2. & Symmachus 7. *epist.* 69. referunt, Furti quendam fuisse damnatum, qui equo Ariciam usque Romæ proximam commodato, longiusculè vectus, *ulterioris clivi ardua præteriisset*, ut Symmachus loquitur, non repugnem. Quemadmodum & Symmachus illo priscorum exemplo Quiritium, se non esse deterritum, scribit ad amicum, quominus aliquanto longius quam dictum erat, jumentis ejus uteretur. Ex præsumpto scilicet Domini consensu. At hujus Legis factum nemo virtutis & justitiæ tenax in foro Conscientiæ furacitatis excuset.

Africanus Lib. III. Quæst.

Centum Capuæ dari stipulatus, fidejussorem accepisti. ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore, peti debebit. id est, ut si alibi, quàm Capuæ, petantur, arbitraria agi debeat, iisque tanti æstimetur, quanti ejus vel actoris interfuerit, eam summam Capuæ potius, quàm alibi solvi. Nec oportebit, quòd fortè per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur: obligationem fidejussoris augeri. Neque enim hæc causa rectè comparabitur obligationi usurarum. Ibi enim duæ stipulationes sunt: hic autem una pecuniæ creditæ est. Circa cujus exsecutionem, æstimationis ratio arbitrio judicis committitur. Ejusque differentiæ manifestissimum argumentum esse puto: quod si post moram factam, pars pecuniæ soluta sit, reliquum petatur: officium judicis tale esse debeat ut æstimet, quanti actoris intersit, eam dumtaxat summam, quæ petetur, Capuæ solutam esse l. 8. *d. Eo quod certo loco.*

1. Hic etiam textus ut contradictorius sibi & Juris principiis, interque difficillimos Pandectarum habetur. Nos idoneâ paraphrasi scrupulos absurdi & repugnantiæ occupare, eximere conabimur. Species hæc est; Centum ego tibi Capuæ dare promisi, & fidejussorem dedi; qui ex naturâ fidejussionis, ita, ut ego ipse, tenetur. At ego sic teneor, ut, si tu alibi quam Capuæ petas, actio quæ stricti juris erat, mutetur in Arbitrariam, quâ teneor in id quod interest tua, si per me steterit, quominus Capuæ tibi solutum sit. Proinde sic etiam fidejussor meus tenebitur. Nec ideo necesse erit, ut dicamus, obligationem fidejussoris augeri, ex eo, quod dictum est; Cum enim stricti juris sit obligatio fidejussoris, & meum factum, quominus Capuæ solveretur, sit extra obligationem, pro quâ ille spopondit, fieri non potest, ut ejus obligatio inde augeri dicatur. Etsi verum est, Fidejussoris obligationem per usuras à me debitas augeri: Sed inde non sequitur, id quod interest ratione loci, facto mutati, æquè fidejussoris augere obligationem. Nam usura debetur in Stipulatione aliisque stricti Juris Contractibus ex nova & speciali stipulatione, non è facto, quod sit extra obligationem. Hic autem est una obligatio, pecuniæ creditæ; Et æstimatio ejus quod interest, ob mutationem loci non venit ex obligatione propriâ, sed ex officio Judicis. Unde, quo sensu obligatio fidejussoris non augea-

tur.

tur, & is tamen in id quod ratione loci interest, teneatur, intelligi potest; quatenus officium judicis & jus obligationis sibi mutuo opponuntur, ut ad *l. 7. d. Negot. gest. & Pralect. ad Tit. l. de. Off. Jud.* expositum est. Differentia autem inter usuras, & id quod interest, ratione loci; colligi inde, quod is, qui centum Capuæ sibi dari stipulatus est, si post moram debitoris partem pecuniæ acceperit, respectu ejus quod precepit, non potest agere in id quod interest: Verum qui sortis usurariæ partem accepit, usuras in stipulationem deductas, rectè nihilominus, etiam de parte sortis quam accepit, petere potest. Hæc est paraphrasis Legis *Centum Capuæ*; In quâ ut hic est, acquiescimus; Certi, hac specie facti bene perceptâ & cum mente verbisque Africani comparata, fore, ut Censuram ejus facile sustineamus.

Ulpianus Lib. xxvii. ad Edict.

Hoc edicto prætor favet naturali æquitati: qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam grave est fidem fallere. l. 1. in pr. d. Constit. pecun.

1. Bona verba Prætoris, sed parum sibi constat. Qui ex Pactis in universum non dat actionem, sed tantum exceptionem, ut vidimus ad *l. 7. d. Pact.* idem hic studio æquitatis se jactat, quod ex pecuniâ constitutâ actionem pollicetur, quoniam *grave sit fidem fallere*: quam rationem D. Ant. Matthæus refert; inter eas, quæ otiosè principium petunt. *disp.* 10. *Fundam. th.* 4. Numquid hoc minus grave est in reliquis pactis, de quibus æque dixit, nihil tam conveniens esse naturali æquitati, quam ea, quæ inter homines placuere, servari? *l. 1. in pr. de Pact.* Unde tam variè, ubi actio est eadem, modo actionem dat, modo exceptionem duntaxat? Wesembecius *hic* & Doctores communiter hanc reddunt rationem; quod in Constituto sit Pactum geminatum, & duplicis vinculi major sit vis, quam unius. Sed Bachovius *ad Wesemb. & alii* non immerito excipiunt; Ex mille nullis, ne *unius* quidem valorem oriri. Pactum, quoad vim actionis, nullum est; quid igitur geminatum pactum, id est, secundum *nullum* addere potest primæ Nullitati? In Arithmeticis nihil quidem; nec quidem, in civilibus, si numerum spectes: sed alia civiliter ratio potest esse in reputatione pacti repetiti, quæ aliunde quàm à numeratione pendeat, ut hic usu venire demonstrari potest. Cur enim Pactum nudum actionem non parit? Quia non visum fuit, actionem esse dandam, è promissionibus sæpe leviter, nec animo deliberato factis: etsi postquam hæc ratio pactis in universum hanc qualitatem impressit, ut actionem ne pariat, in hypothesi amplius non examinatur, quo animo pactum sit initum: Attamen hæc in universum ratio verissima est, qua moti fuere Romani, quominus actionem ex pacto nudo darent. Atqui rursus hoc in universum adfirmari potest; Eum, qui promittit, quod jam antea promiserat, aut sciebat esse promissum, non posse videri temere, nec animo parum deliberato repetiisse pactum: Non minus, quam si pactum stipulatione firmasset: Unde Jura nasci actionem voluerunt. Constitutum enim est Pactum, quo quis promittit, se daturum aut facturum, quod ipse vel alius debet, ac ita se re-

fert ad aliam obligationem jam pridem valide contractam, sed non impletam, ut *ex l. 18. l. 28. & omni hoc titulo* constat; Ac simul ratio exposita est; quare Prætor ex constituta pecuniâ dandam putaverit actionem, quam è pacto Nudo dare in animum non induxit. Ideoque *μετ' ἐμφάσεως* addit rationem fidei servandæ, *ἐκ περιουσίας* animo deliberato semel iterumque declarato; ut immerito quidem hanc rationem Antonius Matthæus inter inertes, otiosas, aut principium petentes *αἰτιολογίας* referat *in Disp. 10. th. 14.*

Ulpianus Lib. XXVIII. ad Edict.

In hac actione, sicut in ceteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur: & rei judicandæ tempus quanti res sit, observatur. Quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur. l. 3. §. 2. d. Commodati.

1. Duplex hujus loci sensus est, uterque reprehensioni subjectus. Primus, quod hic agatur de jurejurando in litem, & de tempore, cujus ratio in ejus calculo, habenda sit; quem refutavimus *in Prælect. ad Tit. de Condict. Tritic. n. 4. & seqq.* Eundem refutat Antonius Faber, *ad h. l.* cujus tamen lectionem sic edit, ut diversam opinionem adstruat. *In hac actione, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur: ut rei judicandæ tempus. quanti res sit, observetur. Quamvis in stricti juris, litis contestatæ tempus spectetur.* Ut nos præscripsimus, ita est Florentiæ, & jam vulgatâ. Ac inde liquide colligi potest regula bimembris; Una, quod in actione Commodati locum habeat in Litem jusjurandum. Altera, in Quæstione Quanti res sit, in bonæ fidei judiciis spectari tempus rei judicandæ: In strictis, quanti fuit, tempore Litis contestatæ. Nam horum temporum in casu jurisjurandi in Litem non habendam esse rationem, manifestum est, ex iis quæ ad *l. 5. d. In lit jur.* observata sunt; Patere, scilicet, illud juramentum in infinitum æstimationis, adhibitâ quidem taxatione judicis, ne in immensum evagetur, attamen ut à certi temporis præscripto absit procul. Altera simplicior est interpretatio; quod in æstimatione rerum ineundâ, litis contestatæ & rei judicandæ tempora præcise, illud in strictis, hoc in bonæ fidei judiciis accipiendum sit, quod etiam Faber enixè defendit, ad *hanc L.* eaque videtur esse communis explicatio, verbis etiam Textus conveniens.

2. Sed ego probo, hanc positionem, si illa sit hujus Textus, non esse rationi & Juri consentaneam. Primo, quia discrimen inter bonæ fidei & stricti juris actiones, hoc est certissimum, quod in illis præstationes sint liberaliores & pleniores, quam in hisce, ut expositum est *ad d. l. 7. d. Negot. gest.* Proinde, ubi harum specierum oppositio circa æstimationem rerum vertitur, largiorem oportet æstimationis copiam dari in bonæ fidei, quam in stricti juris actionibus. At si litis contestatæ tempus in strictis, rei judicandæ in bonæ fidei judiciis, præcise ac in puncto spectemus, in summâ, nihilo plus in hoc, quam in illo termino continetur: quia non minus crebro evevenire potest, ut sit plurimi res, quando litis contestatio fit, quam ferendæ tempore sententiæ. Secunda ratio; Unicuique sua mora nocet *l. 173. §. 2. d. R. J.* secundum hujus

Legis

Legis sententiam, ὡς πάντη, mora longior æquè debitori prodesset quam noceret. Si enim res, cum primum dari debuit, plurimi fuerit, & tempore litis contestatæ, minoris, tum morâ sua decrementum pretii lucraretur debitor, in strictis; & si pendente lite, pretium adhuc magis decresceret, tanto plus idem improbè litigando & tergiversando proficeret in bonæ fidei judiciis, in quibus saltem teneretur ad valorem, qui fuit tempore rei judicandæ; Cujusmodi imprudens constitutio Eunomia neutiquam digna videtur. Quanto melius huc applices dictum Juris statim collocatum, de morâ suâ cuique noxia, & simile ex *l.* 91. §. *sequitur d. V. O. mora perpetuat obligationem*; id est, eam quæ semel fuit, non patitur evanescere aut decrescere. Wissembachius noster *ad Tit. de reb. Cred. n.* 12. hac regula utitur in contrarium, ut probet, æstimationem, quæ fuit ab initio, non posse crescere, per moram; Sed huic argumento altera ejusdem regulæ positio, quod Unicuique sua mora nocet, adversatur. Non potest igitur hæc sententia, cum ratione Juris Civilis & applicatione ad hypothesin facti, in quam omnis positio Artis resolvi & congruere debet, conciliari. Nobis idcirco jam pridem visum est, tempora litis contestatæ, & rei judicandæ hic esse accipienda, tanquam terminos *quousque* res plurimi fuerit, inde à culpa vel à morâ, usque ad litis contestationem in strictis; usque ad sententiam in bonæ fidei judiciis: quo in hisce præstatio sit laxior & plenior, quam in illis, ut natura judiciorum opposita dictat & requirit, si forte pretium, lite pendente, notabiliter, ut sæpe fit, auctum fuerit. Adstruendæ huic interpretationi operæ pretium esset, latius inhærere, ni factum id esset *in Prælect. ad Tit. ff. de Condict. Tritic. n.* 3. *& seqq.* ubi in antecessum removeri velim à statu hujus controversiæ satis intricatæ, positiones inde alienas; ne opus sit tot distinctionibus & subdistinctionibus, quas in Bartolo reprehendit *Anton. Faber*; qui tamen *præcisum* hujus loci *de puncto* intellectum, non liberat incommodis supra demonstratis, nec quod subruendæ huic æquiori expositioni faciat, adtulit quicquam.

Paulus Lib. xxix. ad Edictum.

Sicut autem voluntatis & officii magis, quàm necessitatis est commodare: ita modum commodati, finemque præscribere, ejus est, qui beneficium tribuit. Cùm autem id fecit, (id est, postquam commodavit) tunc finem præscribere, & retrò agere, atque intempestivè usum commodatæ rei auferre, non officium tantùm impedit, sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem. Et ideo invicem propositæ sunt actiones: ut appareat, quod principio beneficii, ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes, actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit. Neque enim impunè peritura deseret. Suscepisset enim fortassis alius, si is non cœpisset. Voluntatis est enim, suscipere mandatum: necessitatis, consummare. Igitur si pugillares mibi commodasti, ut debitor mibi caveret; non rectè facies, importunè repetendo. Nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti: aut etiam sciens vitiosa commodaveris. Adjuvari quippe nos,

non

non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium judicium utile esse dicendum est. l. 17. §. 3. Commodati.

1. Philosophiam hujus loci quidam usque adeò intendunt, ut Commodatum à commodante, priusquam tempus, aut finis initio contractus adjectum aut expressus, fuerit impletus, vel impletum, repeti non posse statuant; etsi commodator idem incommodum vel detrimentum, si re careat, esset passurus, quod commodatarius ex intempestivâ repetitione sit habiturus. Contra quam sententiam & quasi contra hanc *l.* 17. §. 3. disputat Molina, *de Just. & jur. tom.* 2. *disp* 294. Lessius *de Just. & Jur. l.* 2. *c.* 27. *Dubit.* 5. & secundum illos D. Vander Muelen *part.* 3. *de jur. Poli. cap.* 38.

2. Sed magis est, ut nec Paulum ab ipsorum sententiâ putem esse alienum. Negat enim arbitrariam duntaxat repetitionem, pro lubitu commodantis, quemadmodum fit in Precario; In quo valet hæc ratio: *Naturâ æquum esse, tamdiu te uti liberalitate meâ, quamdiu ego velim, & ut possim revocare, cum mutavero voluntatem l.* 2. §. 2. *d. Precar.* Sed in Commodato negotium geritur, & hoc agitur, ut usus rei ad certum finem, modum ac tempus alteri concedatur, *hac l.* 1. §. 7. *& l. ult. h. t.* in tantum, ne fraus fiat beneficio concesso, ut Paulus inculcat: Non etiam, ut Commodator re suâ, non fictè, sed verè indigens eam revocare nequeat: hoc enim cum locator facere possit *l.* 3. *C. Locati* & Procurator in Mandato *l.* 8. *in fin. l.* 9. *&* 10. *l.* 17. *in fin. cum ll. seqq d. Procurator*, cum quo mandato Paulus hic Commodati obligationem comparat, non videtur esse dubitandum, quin idem jus in Commodato, sine dolo & ex verâ domini indigentiâ, locum invenire debeat: Nec aliud tacito partium consensu inde ab initio actum videri potest, ut saltem *importuna* repetitio, & talis, quâ decipiatur amicus potius quam adjuvetur, vetita intelligatur.

3. Obiter; Antonius Faber delet in hoc textu vocem *Mandatum*, quia de Negotiorum gestione propositum fuit exemplum, in quo desinere convenit orationem, ut πρότασις ac ἀπόδοσις inter se congruant: haud absimilis oratio illi, quam habuimus ad *l.* 4. *in pr. ad L. Aquil.* ubi πρότασις fuerat de Aquiliâ, & ἀπόδοσις est de Cornelia, quam & ibi Lectionem mutandam volebat Vir Cl: Sed forte necessitas hic nihilo major est quam ibi; Cum enim Faber ipse concedat, in mandato idem hac parte juris esse, quod est in Negotiis gestis, argumentum ab uno ad alterum, sine noxâ commutari potest, præter quod, res adeo sunt adfines, ut quemadmodum Procuratio, quæ mandato fit, & defensio, quæ mandato caret, (eodemque modo se habent erga se invicem, quo Mandatum extra litem & Negotiorum gestio) promiscuè accipiuntur, ita & hos terminos in prædicato communi, promiscuè sumi, non videri potest insolentius.

Afri-

Africanus Lib. VIII. Quæst.

Rem mihi commodasti, eandem subripuisti: deinde, cum commodati ageres, nec à te scirem esse subreptam, judex me condemnavit: & solvi. Postea comperi, à te esse subreptam. Quæsitum est, quæ mihi tecum actio sit: respondit, furti quidem non esse, sed commodati contrarium judicium utile mihi fore. l. 21. in pr. Commod.

1. Justior est Autumni ad hanc L. censura, quam ad *l.* 5. §. 10. *h. t.* cujus argumentum à quovis Lectore sine difficultate refelli posse credens, omittendum putavi. Sed hic, *etsi me movet*, inquit, *ratio & auctoritas Africani tantæ existimationis, & disertissimi Jurisperiti, dominum tamen in* specie hujus Legis, *furti actione teneri puto.* Argumentum petit I. *ex l.* 12. §. 2. *d. Furt. ubi; Sed & si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis ejus res non sit. Quin imo non solum adversus extraneum dabimus, verum & contra ipsum quoque dominum furti actionem.* Si dominus rei ignoratæ Furti tenetur ob ereptam possessionem Creditori, qui dominus non est: Cur non æque Dominus rei commodatæ Furti teneatur ob ereptum usum rei Commodatario, licet hic Dominus rei non sit? II. argumentum est ex *l.* 10. & *l.* 11. *d. Furt.* Actio furti datur omnibus, quorum ex honestâ causâ interest. Quod de Commodato certe negari non potest. III. Autumni argumentum, de Calumnia & malitiâ domini, ad furti Actionem, non concludit: nec enim omnis calumnia & malitia Furti reum facit. Sed meliore poterat uti argumento ex §. 6. *I. de Obl. ex del.* & *l.* 5. §. 8. *h. t.* hoc modo; Qui aliter utitur re commodatâ, quam convenit, hic non modo Commodati, sed etiam Furti tenetur. Ergo vicissim dominus usum rei commodatæ quem transtulit, nec auferre potest *l.* 17. §. 5. *h. t.* eripiens, Furtum usus committit, quod & in definitione Furti commemoratur §. 1. *d. tit. I.* Adde, quod is, qui à filio vel procuratore meo sciens, me nolente, accepit commodatum, furti reus est *l.* 14. *h. t.* IV. argumentum; Qui sciens indebitam pecuniam accepit, is Furtum committit *l.* 18. *d. Condict. Furt.* At hic dominus commodator pecuniam, pro re, quam ipse surripuerat, indebitam accepit: meritoque pro fure improbissimo habetur. Hæc argumenta, licet à Fabro ne quidem inter rationes dubitandi relata, minime spernenda sunt. Nec temere Autumnus Censuram suam ita concludit; *Antiquæ ergo subtilitatis ludibrium* moribus nostris *extulimus.* A quo tamen discrepat, rarus ab Autumno dissentiendi Groenewegius, qui moribus hodiernis furti crimen non imputari talibus factis probat, etsi forte non satis accuratè, ut jam demonstravimus ad *l.* 18. *d. Condict. furt.*

2. Sed pro Juris Communis doctrinâ, merentur objectæ rationes, ut respondeatur. Ad I. Furtum possessionis committitur à domino rei pignoratæ, qui pignus eripit creditori suo; quoniam hic jus in re constitutum habuit, ex quo comparata fuit ipsi actio in rem: Sed tale jus in Re non habuit Commodatarius, cui nonnisi usus rei transitorius fuit concessus, quem una cum rei detentione amisit; Ex quo à Creditore ad Commodatarium non valet argumentum. Ad II. non habet infinitam vim hæc regula, Furti agit, cujus honestâ ex

causa interest; Dantur enim exceptiones *l.* 49. *d. Furt.* & quiden hi, quibus incumbit rerum custodia, tunc habent actionem Furti, quando per amissam custodiam ipsi domino rei tenerentur *l.* 14. §. 10. *& seqq. π. d. Furtis*, quomodo sane Commodatarius non tenetur domino rei commodatæ, qui ipse rem huic intempestivè subduxit. Quo respectu ne Creditor quidem Furti actionem haberet adversus dominum, nisi jus in Re acquisivisset. Ad III. Furtum Usus committit is, qui rebus alienis aliter quam convenit, utitur: non etiam qui suis rebus, contra fidem alii datam, utitur: hic quidem ex perfidiâ in contractu admissâ tenetur, quod actione commodati luitur: sed ad maleficium per se constituendum non sufficit. Ad IV. Non accepit hoc casu dominus indebitam pecuniam; accepit enim ex re judicata; Quæ etsi male parta, judice decepto, ut hic usu venit, non parit tamen condictionem indebiti, quia proxima causa debiti, sententia scilicet, vera est *l.* 1. *C. de Condict. Indeb.* & Res judicata pro veritate habetur *l.* 19. *d. Stat. hom.* Sic in eo res desinit, ut nihil quam Actio Commodati ad vindicandam perfidiam, in id quod interest, detur: Eaque res moribus hodiernis non habet dubium; quia privatis nullam, nisi in id quod interest Actionem, contra fraudes & machinationes improbas dari constat. Etsi in tantum ab Autumni Censurâ non abhorream, ut tam insignem inprobitatem ad Stellionatum referri & à Magistratu, ex officio, vel à Procuratore Fisci gravius accusari & puniri posse, non putem esse dubitandum.

Pomponius Lib. xxxv. ad Sabinum.

Si annua, bima, trima die, triginta stipulatus, acceperim pignus, pactusque sim; ut, nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret: placet, antequàm omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere. Quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur. Nec verum est, sua quaque die non solutam pecuniam, antequàm omnes dies venirent. Sed omnibus pensionibus præteritis, etiam si una portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, Si qua pecunia sua die soluta non erit, *statim competit ei pacti conventio. l.* 8. §. 3. *d. Pigner. act.*

1. Groenewegius *ad h. l.* Si annua, bimâ, trimâ die triginta stipulatus, acceperim pignus, pactusque sim, *ut nisi suâ quâque die pecunia soluta esset, eam mihi vendere liceret*, antequam omnium pensionum dies veniret, pignus vendere non possum: sed si ita scriptum sit, *si qua pecunia suâ die soluta non erit*, statim mihi competit pacti conventio *hic*. Quam Romani Juris subtilem verborum differentiam, à morum nostrorum simplicitate alienam esse, ideoque in utroque casu, antequam omnium pensionum dies veniret, pignus vendi posse, censeo. *Sic Groenewegius Censor.* Atqui simplicitas sensus communis & orationis proprietati conveniens, æquè fundamentum est Juris Romani, quam hodierni; & si cum illâ non conveniant Artis positiones, eas non valere dicendum est. Antonius Faber Juris Consulto patrocinatur, eumque explicat, ita ut fatear, aliquanto minus inde mihi liquere, quam ex ipso Pomponio. Faciamus igitur, quod soliti sumus; Ipsum intueamur textum, & mentem ejus in sensum popularem eliciamus. Quod ita commodissime fieri posse videtur, si formulas Juris Consulti non modo popu-

populariter, sed etiam vernaculè exponamus, bonâ cum Lectoris venia. Quod enim Eloquentiæ Professores Latinæ, quos ego quidem audivi, Freinshemius & Böclerus, quod Salmasius & Gronovius olim, quod hodieque Viri Clarissimi agunt, ut in scriptis Veterum explicandis; idiotismo utantur vernaculo, reverentiâ Latinitatis, ut ajunt, Moti, ne familiari sermonis triturâ vexent eam & corrumpant; id nobis aliquando, planioris & simplicioris in re populari explicationis causâ committere, fas censeo. Sic igitur est Factum; Venditus est fundus triginta vel tribus millibus, annua, bima, trimâ die, **op drie termijnen / of dagen /** sub pignore; cum pacto, *ut nisi pecunia sua quâque die solvatur*, pignus Venditori liceat destrahere, **Soo verre de koop-schat op yder dach of termijn niet werde betaelt.** Quæritur, an prima vel secunda pensione non solutâ, pignus Vendere liceat. Pomponius negat; omnium pensionum dies transiisse oportet, antequam venditio Pignoris jure fieri possit. Aliter, ac si ita sit pactum; *Si qua pecunia sua die soluta non erit*, quod ita verto; **Soo verre eenig termijn op sijn tijdt niet werde betaelt.** In priore formula, pactum se refert ad omnem pecuniam **de geheele koop-schat**; Videlicet in casum, si hæc soluta non fuerit, omnis scilicet, suâ quaque die, sicut empta res est. Hoc autem priusquam omnes cesserint pensiones, sciri non potest. Verba *Sua quâque die*, videntur quidem esse distributiva; sed relata ad *pecuniam* simpliciter, id est, omnem (Indefinita enim sunt generalia) non nisi vim habent collectivam. Sed hæc locutio; *Si qua pecunia*; est particularis, ac ideo, *τὸ sua die*, particulariter accipiendum est, de singulis pensionibus. Hæc ejusmodi sunt, ut nec hodie à Judicibus nostris aliter intellectum iri existimem, & Groenewegii magis quam Pomponii judicium arguere videantur.

Ulpianus Lib. XXXVIII. ad Edictum.

Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum, & emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam: scripsit Julianus, & est rescriptum, ob hanc conventionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. Sed & ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emptorem agere. l. 13. in pr. d. pignerat. act.

1. Antonius Faber ultimum hujus principii versum, *sed & ipse debitor &c.* censet à manu esse Triboniani, repugnantem solidæ veterum Jurisprudentiæ, imo principiis Artis, ut hæc etiamnum est. Ita jam centies inculcans, Tribonianum fuisse tyronem in Juris scientiâ; quem Suidas & Procopius hostes ejus professi Virum sui temporis eruditissimum vocant. Cedo quibus in disciplinis? Mathematicis, credo, & metaphysicis, non Artis in quâ versabatur, & quam profitebatur. Quid de Triboniano! Theophilus, Dorotheus, & si qui alii Antecessores, adhibiti sunt in Pandectis digerendis, identidem, si quid addere voluerunt, in notissima & certissima Juris fundamenta impegerunt? Nam ego Tribonianum Justinianæi Imperii primum Summumque ministrum, nihilo plus quam auctoritatem curamque summariam tanti laboris occupationi præstitisse

tiffe crediderim. Ad operam vero ipſius doctrinæ homines, credo, indoctos & juris imperitos adhibuit? At hoc eſt præjudicium, dicet Faber; argumenta rerum loquantur, oportet: Ego probo hanc clauſulam eſſe alienam à Juris principiis. Audiamus: Sunt enim talia, non jam ἐιρωνικῶς, propter quæ Vadimonium deſeri poſſit.

2. Creditor, etſi non eſt dominus pignoris, hoc tamen vendere poteſt, ordine juris ſervato, quem hic non fuiſſe obſervatum nihil eſt quod arguat, docente Juſtiniano in §. 1. *Inſt. Quib. alien. lic. vel non. l.* 4. *h. l.* 11. *C. de diſtract. pign. l.* 46. *d. A. R. D.* Unde igitur rei vindicatio, quæ nonniſi domino competat *l.* 23. *in pr. d. R. V.*? Pactus eſt creditor ſane, ut, ſi debitor emptori pretium reſtitueret, ei rem ſuam recipere liceret. *At quis unquam audiit*, Faber, *vindicationem ſive directam, ſive utilem naſci ex pacto, cum è contrario proditum ſit, naſci eam ex præſenti poſſeſſione l. non alias* 24. §. *ſed ſi poſtuletur d. Judic. l. un. C. de Alien. jud. mut. cauſ.*? Quid hoc ad rem? Præſens poſſeſſio eſt quidem fundamentum vindicationis à parte rei, non à parte actoris, de quo hic quæritur. Rectius igitur addit; Vindicationem dari contra eum, qui nullo modo obligatus eſt §. 1. I. *de Action.* Hic autem emptor ex obligatioue tenetur, quæ nihil ad rei Vindicationem, quæ dominium vel jus in Re conſtitutum requirit. Præterea, non poteſt fieri, ut alii per alium obligatio acquiratur, ut ſuprà *ad l.* 9. *d. Reb. Cred.* habuimus, multo minus ex pacto alterius alteri actio quæritur, quod hic fieret, ex pacto Creditoris debitori *l.* 22. *C. de Donat. l.* 11. *l.* 21. *C. de pact. l.* 11. *d. O. & A.* Quid porrò neceſſe erat, ſcribi à Juliano & reſcribi ab Imperatore, per hujusmodi conventionem pignoratitiis actionibus teneri Creditorem, cui ſoli actio ex pacto ſuo comparata eſt, ut debitori mandet ex vendito actionem adverſus emptorem; ſi poterat ille agere ſuo jure ac citra ceſſionem, vel vindicatione, vel in factum, ut hæc vult clauſula? Hæc & plura Faber adſtruendæ Cenſuræ.

3. Sed etſi hæc ratio Juris ſit ordinaria, non dari è conventione Vindicationem, multò minus ex alterius conventione dari vindicationem alteri, tulit tamen uſus rerum & progreſſus Artis, ut Pacta quædam reſolutiva Traditionibus adjecta darentur, quorum ea vis eſſet, ut ſi fieret, quod conventione placuerat, dominium retro actum & pro non translato haberetur, quale eſt pactum, ſive Lex Commiſſoria *l. ult. d. Lege Commiſſ. in verb. ut à venditrice vindicari debeant, ex conventione Venditoris*: cum antea dominium eſſet translatum, per *l.* 1. & 2. *eod.* Tale etiam eſſe pactum de Retro Vendendo, prorſus ſimile commiſſorio, defendimus in *Prælect. ad tit. de Reſcind. Vend.* A quo nihil diſcrepat hoc pactum de re debitori reſtituenda, ſi pretium rurſus obtulerit emptori. Hoc enim facto, *in priſtinam cauſam res redit, reſolutâ venditione*, quemadmodum Paulus ait *in l.* 10. *in fin. Quib. mod. pign. ſolv.* de caſu, quo à venditione pignoris receſſum eſt, contrariâ conventione Creditoris & emptoris. Ac ita res ipſo jure, ſine alio facto vel juris remedio, redit in dominium debitoris. Quod è Martiano firmatur in *l.* 7. §. 1. *d. Diſtract. pign.* ubi; *Si pignus ita venierit, ut, ſi intra certum tempus à debitore ſoluta fuerit pecunia, emptio reſcindatur, intra illud tempus pecuniâ ſolutâ, recipit hypothecam.* Quod enim Faber eo ſe proripit audaciæ, ut hunc etiam locum à Triboniano cor-

corruptum esse adfirmet, apud nos tanti esse non debet, ut quod omnes Jurisperiti hanc pacti speciem resolutivam, per quam res in priorem statum redit, agnoscunt, adspernari oporteat, & simul Juris corpus ab homine conjecturis suis impotenter indulgente, prostitui & dehonestari patiamur. Hoc autem obtento, ut recusari non potest, argumenta Fabri ultro evanescunt: inter quæ & hoc. Quod ex conventione non detur rei vindicatio, multo minus alteri ex alterius conventione. Nec enim conventionem statuimus esse causam Vindicationis; sed resolutæ emptionis venditionis, non secus ac si contrario consensu resoluta fuisset: Quo facto dominium redit ultro ad dominum priorem, qui fuit debitor, ut in *d. l.* 10. unde sponte jus vindicandi ad eum revertitur, non jam ex conventione, sed è dominio per conventionem restituto. Ad Instantiam Fabri, quod hac viâ nihil opus fuerit Cessione, quam Ulpianus & Imperator dederunt; sciendum, primitus & naturaliter Creditori ex suâ conventione sive pacto venditioni adjecto, dari actionem venditi, quam cedere tenetur Debitor, hanc enim esse propriam conventionum naturam, non potest negari *l.* 20. *C. de Pact.* Sed disputationibus Juris Consultorum & utilitate civium res eo deducta fuit, quemadmodum Jura crescunt, & actiones directæ ad utiles producuntur, ut quædam pacta resolutiva, cum tali effectu reciperentur. Idcirco Ulpianus cum eo quod directe, proprie & αὐθεντικῶς competit, etiam quod utiliter ac indirectè in usum fori introductum est, commemoravit. Hæc si bene percipiantur, de actione in factum quæ additur, & quæ datur ex æquitate, quoties ordinarii actionum termini deficiunt, nihil est quod laboremus, nec in eam Faber crisin suam jactat, etsi pariter cum vindicatione illam exterminat, inclementer & ὑπερχειλικῶς.

Ulpianus Lib. XXXVIII. ad Edict.

Venit autem in hac actione & dolus, & culpa, ut in commodato: Venit & custodia, vis major non venit. l. 13. §. 1. *d. Pigner. act.*

1. In §. 1. ejusdem legis, quem huic loco præscripsimus, nihil invenit difficultatis Faber, quem alii Juris fundamentis non minus adversum putant, quam Fabro videtur ejusdem Legis principium, quod habuimus. Ut illi quidem sine emendatione Textum nullo modo consistere posse opinentur. Hanc emendationem Vir Cl. in *lib.* 1. *Probab. Jur. cap.* 4. suppeditat elegantem & modestam, quæ ingenio & probabilitate suâ, sicut laudem, ita plenum quoque adsensum mereretur, nisi obstaret ἀξίωμα; non esse concedendum in emendationes textus Florentini, quibus recta & Juridica non desit interpretatio; Sicut huic loco deesse non videtur. Nam quæ hic est Ulpiani positio, ejus æquipollentem habet Gajus *in l.* 18. *in f. pr. Commodati.* In Commodato, inquit, *ita culpæ fit æstimatio, sicut in rebus pignori datis.* Verte sis regulam; In rebus pignori datis, ita culpæ fit æstimatio, *ut in Commodato:* Et habebis *hujus* §. 1. positionem. Uterque enim Contractus vel utriusque, vel unius gratiâ contrahitur; hoc interest: Commodatum plerumque est solius Commodatarii, aliquando utriusque gratia, ut exemplo docetur in *d. pr. l.* 18. Pignus plerumque in utriusque utilitatem; ali-

quando in solius Creditoris gratiam; si, cum ille non possit repetere creditum, ut sæpe usu venit, debitor ei tamen, pignore dato, gratificetur & securitatem addat. Proinde, cum par utriusque contractus in eâ parte, quæ culpæ regit præstationes, ratio sit, non potest fieri, quin eadem in summa regula utrique præscribatur. Huic similitudini consentaneum fuit, ut moneret Ulpianus, quemadmodum facit, in pignore *Custodiam* quoque præstari, id est, exactiorem, quam in suis rebus diligentiam, quoties ad Commodati similitudinem redigitur, ut hic consideratur, quatenus in solius creditoris gratiam est comparatum. Enimvero si quis usum habere putet nullum aut rarissimum, ut solius utilitatem Creditoris Pignus contineat, is velim hoc quod diximus, cogitet, evenire crebro, uti creditor aut fidejussor exigere vel liberari neque possit, neque debitorem ullo urgere queat incommodo, hac causâ; qui tamen si in animum inducat, ei pignus dare, nonnisi in ipsius utilitatem id facere videri possit. Laudabimus igitur magis quam sequemur hanc alioquin elegantissimam emendationem, quæ concepta fuit hoc modo; *Venit autem in hac actione & dolus & culpa: at in commodato venit & custodia. Vis major non venit.* In qua emendatione hoc etiam minus est commodum, quod de Commodato principaliter ageret locus, qui de Pignore datâ opera tractat & præcipit. De rationibus in utramque hujus quæsiti partem cæteris, aliorumque interpretationibus nihil amplius, ut in medium proferamus necesse videtur, adstructâ loci juridicâ sententiâ, quæ reliquas in utramque partem occupat ratiocinationes.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

Si, pignore subrepto, furti egerit creditor: totum quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur. Et est verum, etiam si culpa creditoris furtum factum sit, multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione præstitit creditori, vel condictione, an debito sit imputandum, videamus: & quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione præstitit, peræque relatum est, & traditum. Et ita Papinianus libro nono quæstionum ait. l. 22. in pr. d. Pignerat. act.

1. Censura Autumni ad hanc Legem supervacua est, ait Groenewegius *hic*, Adstipulator ejus adsiduus, quia creditor, pignore surrepto, furti agens, nihil amplius quam ipsam rem, aut id quod interest sua, consequitur *arg.* §. 5. & 6. *Inst. de Oblig. ex del.* Atqui hoc modo supervacua esset Censura quidem, respectu usus forensis; sed de illo hic non agitur, cum in terminis Juris Romani versemur: Nec tamen de Usu id omnino verum est. Nam & de eo quod interest, quæri potest, utrum hoc Creditor lucrari, an credito suo ad exonerandum debitorem imputare debeat, quod Ulpianus ex confessione Papiniani adfirmat. Ego aliter Autumni Censuram puto esse supervacuam, eo quod nihil aliud reprehendit, quàm quod hæc Ulpiani & Papiniani sententia sit abrogata, per Constitutionem Justiniani *in l. ult.* §. *sed cum* 3. *C. de Furt.* ubi narrat, hoc se facere juxta posteriorem Papiniani sententiam, quem hac in re variasse ait, ut ali-

aliquando excellentissimi Virum ingenii fecisse constat, sine periculo existimationis & doctrinæ suæ. Verum ego rursus Autumni Censuram dico esse supervacuam, primò, quia non potest Censuram mereri Lex Pandectarum, ideo, quia statuit aliud quam jus recentius in Codice dictet; nisi valde tralatitiam, ex eo quod Justinianus caput Legis à se abrogatum in Pandectas retulerit; quæ tamen biennio post Constitutionem *d. l. ult.* Lampadio & Oreste Consulib. Kal. Septembr. *anno* 530. fuit edita cum Pandectæ sint editæ mense Decembri *anno* 532. Hoc enim est *παρόραμα* potius, quam *ἁμάρτημα*, ut Cujacius loquitur, *oblivio magis quam peccatum*, quâ de re dabitur alia commodior occasio. Sed etiam existimo, falli Autumnum, quod sententiam *hujus l.* 22. putat abolitam esse *in d. l. ult.* Quoniam hæc unice de Commodato loquitur, *L.* 22. ut hic est, de pignore. Novum autem jus ultra terminos novis Legibus expressos haudquaquam extendendum esse, ratio & utilitas publica & observantia communis adfirmant. Autumnus à ratione, quâ Justinianus *in d. l. ult.* de commodato, utitur, argumentum ducit ad pignus; quod ubi periculum est, ibi & lucrum sit collocandum. Quam fallax autem argumentatio sit, ex ratione, quæ diversis facti speciebus æque conveniat, compertum est: utique, si ratio diversitatis aliunde sit in promptu, quemadmodum hic se prodit. In favorem enim debitorum, qui in angustiis rerum suarum, pignoribus datis, fidem quærere & pecunias occupare coacti sunt, singularia esse recepta, satis constat: Adde, quod creditori fas non sit, plus quam crediti securitatem, ex re pignorata colligere; secus ac Commodatarius *in d. l. ult.* & Conductor *in l. 6. Locati*; quam Autumnus censor æque per *l. ult.* autumat abrogatam esse, rursus perperam, etsi ratio *l. ult.* ad hanc quoque speciem accomodari posset. Et mihi quidem Ulpianus *in h. l.* 22. propterea Confessionem Papiniani arguere videtur; quod etsi de Commodato secus ille, mutatâ sententiâ, ut indicat Justinianus *in d.* §. *sed cum*, scripsisset, de Creditore tamen aliud confiteri debuerit. Teneamus igitur, Creditorem quicquid à fure pignoris adeptus sit, hoc eum credito principali imputare, nisi quid damni proprii, à crediti causâ alieni passus esset; hoc enim sine dubio retineret.

2. Partem alteram Legis Autumnus non attigit; utpote cujus sententiâ nihil est æquius; scilicet, domino & debitori non esse præstandum in diminutionem debiti, quod ipse Creditori ex furto à se commisso præstiterit. Bene, quod ad Furti actionem pœnalem, sed verba *vel Condictione* Antonius *Faber* existimat, non esse Ulpiani, sed interpretis, eâ nunc usus æquitate, Triboniano ut parceret. Ab alio censet adjecta esse verba, quæ jam olim in textum & in ipsum exemplar Florentinum, quo nullum antiquius, irrepserint. Ratio est, quod condictio furtiva detur domino *l. 1. d. Condict. Furt.* Creditor autem non sit dominus. Ergo nec condictio furtiva, quæ hic illi adscribitur, ei convenire potest. Ad instantiam, quod incerti condictio detur etiam non domino, & nominatim Creditori de pignore surrepto *l. 9. §. ult. d. Condict. Furt.* respondet, etsi condictio detur non esse tamen, ut detur adversus dominum, quod hic statuendum esset, idque se probasse pluribus ait *in Decad. 81. Err. Pragm. er. 3. & 5.* Sed hanc ejus opinionem esse tam certam, ut propter eam textus expresse contrarium adfirmans sit mutilandus, disputando ille difficulter evincet. Cur enim post hanc positio-

positionem, quod debitor & dominus pignoris, Furti actione teneatur Creditori, qui non est dominus, statuere non liceat eundem habere condictionem furtivam, quæ semper, ubi est actio furti, competit, & hac mitior est, adversus eundem etsi dominum? Condictio incerti, inquam, hoc est, possessionis & ejus quod interest. Quid enim vetat hoc eum consequi, ab eo qui furti tenetur, etsi domino? De ipsâ re non potest esse difficultas. Maneant igitur & hæc verba *vel condictione*; quia licet abesse possent, cum tamen adsint, nihil rationi juris adversum continent. Qui possessionem rei pignoratæ cum præstare deberet, eam surripuit, non modo nihil est, quod impediat illum in id quod interest teneri nec id recuperare posse, quod omnia suadent & postulant.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edictum.

Eleganter apud me quæsitum est; si impetrasset creditor à Cæsare, ut pignus possideret, idque evictum esset; an habeat contrariam pigneratitiam. Et videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu recessum. Immo utilis ex empto accommodata est: quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit. Et compensationem habere potest creditor, si fortè pigneratitia, vel ex alia causa cum eo agetur. l.24. in pr. d. Pigner. act.

1. Totam hanc Legem Faber Ulpiano indignam & Tribonianæam, excepto §. *ult.* esse putat, *hic in Rational. & postr. dec. chil. de err. pragm.* Item in Cod. *Fabr. tit. de Evict. n.*26. ubi quædam dicta & allegata retractat *hic*, ut erroneè scripta *sub n.* 26. è verbis, *sed longe inelegantior*, usque ad versum *sed responsio*; quod jus quemque in sua scripta habere, nonnisi Criticus singularis & calumniator improbet. Videtur autem Faber habuisse Ideam Tribonianismi peculiarem, ut quod nemini in mentem venit, tam audacter ut Tribonianæum & spurium à geminis Veterum dictis secernat: aliquanto plus sibi juris in Pandectas, quam Aristarchum olim in Homerum fecisse accepimus, arrogans. Is enim voces & versus spurios damnabat, hic integras paginas eliminat. Etsi autem moles operis nostri hisce Fabri censuris admodum crescit, eas tamen omittere, propter ingenium & auctoritatem Viri, & rationes ejus Autumnianis & Groenewegianis, multo acriores, integrum non est. Non repetimus præjudicia, quod credibile non sit, Triboniano volupe fuisse, laborem immensum, ab Imperatore sibi & Collegis injunctum, redigendi in Compendium tot voluminum millia, idque è triginta novem, æmulis sæpe studiis & sectis, Auctoribus, augere supervacuo labore scribendi novos, sub nomine veterum JurisConsultorum, commentarios, seque non modo posteritatis exsecrationi, sed etiam sui seculi eruditorum, qui scripta JurisConsultorum authentica in manibus habebant, exponere ludibrio & falsi opprobrio. Sed videamus rationes: Ulpianus, *ait*, non scripsisset ita; *Eleganter apud me quæsitum est*; sed ita simpliciter, *quæsitum est à me*. Ego; quid hic amplius est in *τῷ eleganter*, quam *in l.* 23. *pr. d. Condict. Indeb.* ubi Ulpianus, *Eleganter Pomponius quærit?* Nec enim sibi *hic* elegantiam, sed quærentibus adscribit, ut *in l.*23. Pomponio. Cur *apud me* non scripsisset Ul-

Ulpianus? an minus Latinum hoc, quo nihil magis est? Fuerit hic casus fictitius, ut Faber arguit, an tales casus apud JurisConsultos in disputando non fuisse propositos putemus? qui ex Athenæo novimus, Ulpianum in hoc genere domi & in conviviis, adsiduum fuisse; disputare de sensu Legum, quod sine casuum positione fieri non potuit, quibus dicta Legum applicarentur; In quo genere, Ulpianum habuisse in ore creberrime, verbum hoc, *κεῖται; sic est in textu*, vel *in casu*. Rursus *ὁ κεῖται, non est ita in lege:* Unde nomen ei à scurris inditum refert Athenæus, ut Κειτούκειτος vocaretur.

2. Pergit *Faber*, Male scriptum est *ut pignus possideret*; Ulpianus dixisset *possideret jure dominii*; Id enim à Principe impetratur *l. 1. 2. & 3. C. de jur. dom imp.* Quasi Tribonianus id ignorasset; jus vulgatissimum, & JCti non amarent concise loqui intelligentibus. Imo & Prætor ita loquitur in Edicto *de Damno infecto. Eum cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine, ut caveatur, postulabitur, ire, & cum justa causa esse videbitur, etiam* POSSIDERE *jubebo l. 7. in pr. d. damn. infect.* Quod verbum ibi significat *dominum constituere*, ut noster Ulpianus id explicat in *l. 15. §. Julianus in fin. eod. tit.* Ineptius est quod Faber imputat Triboniani inscitiæ, quia scripsit; *& finita videtur esse pignoris obligatio.* Scribere debuit; inquit, & scripsisset intrepidè Ulpianus; *finitam esse pignoris obligationem.* Hoc vero mihi argumentum præbet in contrarium, hæc esse verè Ulpiani verba, quia mos est notissimus Veterum, magis quàm Triboniani, cui hoc minime tam familiare, cum aliquid enixe adfirment, dicere tamen, *sibi videri*, quod adeo notum & tritum est, ut mirer in homine docto tantum *ἀπειρίας* Fabro. Nos ejus locutionis Usum jam demonstravimus suprà *ad l. 31. d. Legib.*

3. Non minus iniqua sunt ea, quæ ad rem ipsam cavillatur. Quid enim planius est, quam evictâ re pignorata utilem ex empto actionem dari *l. 4. C. de Eviction?* sed Faber imperite Tribonianum huc applicuisse *d. l. 4.* argumentum existimat: *Quasi vero, cum creditor à Cæsare impertravit, ut sibi liceret jure dominii pignus possidere, dici possit, Contractum illum esse venditioni simillimum, qui tamen ne quidem Contractus est.* Spectat eo, quod in *d. l. 4.* fundus in solutum datus, & dein à creditoribus evictus fuerit; Cujusmodi in solutum datio ibi dicitur *emptionis venditionis obtinere vicem.* Atqui pignus etiam datur, ut pretium ejus, si distrahatur, in solutum cedat, & quando Princeps ejus dominium concedit, id unice in solutum fit: Ideoque summa est in utroque casu paritas. Illa vero qualis est captio, quod ait Faber, concessionem dominii à Principe factam non esse contractum? Est concessio & datio in solutum, facta vi primæ oppignerationis à domino & debitore in hunc finem contractæ; Et ejusmodi in solutum datio venditionis vicem obtinet, ut est *in d. l. 4.*

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

Qui reprobos nummos solvit creditori, an habet pigneratitiam actionem, quasi soluta pecunia, quæritur. Et constat, neque pigneratitia eum agere, neque liberari posse: quia reproba pecunia non liberat solventem: reprobis videlicet nummis reddendis. l. 24. §. 1. d. Pignerat. act.

Antonius Faber, qui ab initio hujus L. prædixit, se nihil hujus Legis ad Ulpiano scriptum putare, quam §. *ult.* nunc tamen in hoc §. 1. nihil desiderat, quam quod ultima verba sint Triboniani, *Reprobis videlicet nummis reddendis.* Hoc ille contendit, non esse fas neque faciendum; ut nummi reprobi his, à quibus profecti sunt, restituantur; quippe, quibus nunquam, nisi in alterius damnum sint usuri, sicut de malis medicamentis, & venenis, & libris magicis, aliisque hujusmodi rebus damnatis scriptum est *in l. 4. §. 1. Famil. ercisc.* Itaque cum judex quilibet, boni & innocentis viri officio fungi debeat, protinus corrumpenda sunt ista omnia, quorum usus nonnisi malus esse potest, ut habetur *in d. l. 4. §. 1.* Hæc Faber. Ad quæ, si omnino faciendum est ita, quemadmodum ille disserit, ego dicam; hæc verba potius esse glossatoris alicujus, qui ad marginem illa notaverit, unde à librariis in textum recepta sint, quam à Triboniano; cujus tempore non magis fuit licitum, reprobis nummis uti, quam Ulpiani ævo; cum Justinianus optimi regiminis auctor & commerciorum fautor fuerit. Et hæc conjectura probabilior est eo quod nonnimis concinnè, fateor, hæc ultima verba claudere periodum, & arcessita videri possint. Neque tamen hoc ipsum dictu necessarium esse puto, nec rei, nec verborum causa. Non propter rem, quia nummi reprobi non plane sunt inutiles, ut medicamenta exitialia, sed conflari possunt à solvente; qui ne justo valore illos expendat, jure publico & pœna falsorum satis prohibetur. Et sane, si æs quasi argumentum dolo solutum nihilominus solventi restituendum est, ut tradit *L. 50. d. Solut.* idem de nummis non probis nullâ de his existente prohibitione, defendi potest. Denique, si omnia dicta, quæ nobis supervacua, vel minus apte connexa videantur, exscindere velimus, valde, ne urendi & secandi finis nullus futurus sit, metuendum est. Esse tamen *glossam* si velis, nec auctor sim neque repugnem.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

Si vendiderit quidem creditor pignus pluris: quam debitum erat, nondum autem prætium ab emptore exegerit, an pigneraticio judicio conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel expectare debeat, quoad emptor solvat, vel suscipere actiones adversus emptorem; & arbitror non esse urgendum ad solutionem creditorem: sed aut expectare debere debitorem, aut, si non expectat, mandandas ei actiones adversus emptorem, periculo tamen venditoris. Quod si accepit jam pecuniam, superfluum reddit. l. 24. §. 2. d. Pignerat. act.

1. Hic

1. Hic totus, si credimus Fabro, pellucet Tribonianus, inscitiæ manifestus. Non est finis cavillationum, quibus Faber adsiduò insectatur dictionum minutias, ut hic *τὸ quidem, autem* & interrogationum formulas; ad quas identidem respondere, nec operæ pretium, neque ferendum Lectori sit. De ipsa redocet, creditorem, quando vendit pignus, aut jure Creditoris solo id facere, aut vi conventionis cum debitore initæ; quo respectu magis esse, ut suo nomine vendat, ideoque tunc ipsum Creditorem pignus vendentem ferre periculum, & superfluum pretii restituere, nec si delegare velit debitorem ad emptorem pignoris, ut ab eo pretium petat, auditur; ipse tenetur ad hoc præstandum *l. pen. h. t.* Sed hic locus aliter docet, de pignore Vendito ex necessitate juris, sine pacto, cujus hic nulla mentio *l. 9. in pr. d. Pignor. act. l. 7. C. eod.* Tum scilicet periculum non esse Creditoris, quo nec tenetur, antequam pretium acceperit *dd. ll. & hac lege.* Nec hactenus abnuit Faber; sed modos aliquot loquendi arguit ineptiæ: Præcipui sunt, quod hic legitur *actiones* suscipere, mandare, cum una tantum sit *actio* ex empto, quæ hic venditori comparata est, & quam debitori mandare potest: quasi enallagê numeri quicquam usitatius sit. Aut etiam præter actionem ex empto, non detur ex Stipulatu, quæ olim nunquam aberat, etiam de Evictione, Rem habere licere, Non esse rem vitiosam, item Pignoris aut Sponsoris accessio, quæ sæpe accedebant, & quæ numerum pluralem facile tueri possunt.

2. Faber. *Quid vero illud est, quærere, an expectare debitor debeat, quoad emptor creditori solvat? Quid enim, si nunquam velit solvere: Quid si nec Creditor ipse agere, an interim prohibebitur debitor, pigneratitia experiri adversus Creditorem?* Ineptia major cavillationis, quam in eo quod Textui imputat, falso! Creditor vendidit pluris quam ipsi debebatur, pignus. Superfluum reddere tenetur debitori; sed an ita, ut prius quam accepit, ad reddendum conveniri possit, an verò donec emptor solvat, expectabit? quid est inepti in eo? An quisquam dubitat, si per debitorem stet, quominus exigatur ab emptore pretium, ipse teneatur ex culpâ negligentiæ? Id verè ineptum fuisset adjicere & commonefacere, quod vellet Faber. Ulpianus etiam addit tertium; si debitor expectare nolit terminum solutionis, aut commodum emptoris, quamdiu Creditor in culpâ non est, eum petere posse, ut sibi actiones cedantur, si meliorem videat occasionem ab emptore pretium exsculpendi. Plane, si Creditor in culpâ fuerit, ipse proculdubio tenebitur, ut dictum. Absque eâ si fuerit, urgere non potest debitorem, ad solvendum, quod non accepit. *Solvendum?* ait Faber, imo *Restituendum*, idque in argumentum Tribonianismi trahit. Ego, Qui præstat quod debet, an ille non solvit? Utique si recte solutio difinitur, Præstatio ejus quod debetur: An verò creditor superfluum pretium non debet? Tædet immorari talibus, & plura nihilo melioris notæ sunt. Unum præterire non possum. Ulpianus ait, si debitor nolit expectare, dum pretium ab emptore solvatur, mandandas ei actiones, sed periculo creditoris; Qua in re Faber Tribonianum *ignoratione principiorum Juris*, scilicet, mandatum actionum, pro delegatione accepisse monet, eique exprobrat: Cum Papinianus *in l. pen.* bene & subtiliter in eidem causâ delegationis meminerit, inquit.

3. Sed hæc res me trahit in alia omnia, quam visum Fabro, qui hunc Textum de pignore distracto sine conventione accipit: cum potius de venditione vi conventionis facta intelligi debere, probet hoc, quod venditio facta est periculo venditoris, qui pretium in solutum accipere debet, etsi nihil inde perceperit, imò & superfluum debitori præstare, quod docet hic textus, *periculo venditoris.* At si venditio sine pacto ex necessitate solenniter facta sit, pretium non est periculo Creditoris & venditoris, verum si nulla culpa illi imputari possit, pretio non percepto, debitor in solidum manet obligatus *l. 9. in pr. d. Distract. pign.* Sed creditor privatim pignus vendens eligere debuit emptorem idoneum & *suum negotium gessit*, executus pactum suum, ut Papianus ait in *d. l. pen. h. t.* Non habet igitur rationem Accursius, etsi Faber ei, pro hypothesi sua, adsentitur, periculum hic esse intelligendum, ratione culpæ, quæ in creditore debeat argui & probari. Periculum enim simpliciter positum de culpa sola non esse intelligendum, docent loca magno numero à Brissonio in *Periculum* adducta: complectitur etiam sane culpam, sed ad eam restringi non potest. In Rubrica *de Administratione & periculo Tutorum & Curatorum*, qui locus est singularis & nescio an non unicus; ubi *periculum* à casu fortuito alienetur, non tamen ad solius culpæ luitionem refertur, cum etiam unus ex aliorum facto in solidum teneatur *l. 6. C. Arbitr. Tut.* Non debet igitur periculum ad culpam restringi, nisi aliunde evidenter sane constet, eum cui periculum adscribitur, nonnisi de culpa teneri, qualis hic evidentia non reperitur. Sed cum certi juris sit, creditorem, qui pignus ex pacto privatim vendidit, ferre periculum pretii, secus ac ille, qui publice ex necessitate, jure solo creditoris, rem distraxit, hunc locum creditori periculum adscribentem, de venditione conventionali accipiendum esse, dictu necessarium videtur.

4. Sed opponitur, quod tum creditor statim ad superfluum *reddendum vel solvendum*, quod cum pace Fabri sit dictum, conveniri posset, quod hic tamen negatur. Textus hanc consecutionem negat; Venditio facta est periculo creditoris, neque tamen antequam emptor solverit, de superfluo conveniri potest: civiliter scilicet. Nam si per ipsum creditorem stet, quominus emptor solvat, aut urgeatur ad solvendum, ut antea dictum, sine dubio tenetur. Sed alioqui debitor cum superfluo, expectare debet, dum terminus solutionis effluxerit, aut ille civiliter in judicio vel extra judicium ad solvendum compellatur. Si tam diu expectare nolit, contentus esse debet, actionibus mandatis, periculo manente venditoris, sicut esse diximus è natura negotii. Sic denique reddi potest ratio, cur Ulpianus (ita jam vel invito Fabro loquimur,) actiones dixerit esse mandandas, non delegatione, quod Faber voluit, utendum. Nam delegatio facit novationem, & delegantem liberat §. 3. *Inst. Quib. mod. toll. obl. l. 11. l. 17. d. Novat.* Creditor igitur, qui ex pacto vendidit pignus, cum periculum ad ipsum pertineat, si pretium non solvatur, debitorem ad superfluum petendum non potest delegare, *l. pen. h.* sed actiones suo periculo mandare debet *hoc* §. 2. Atque ita præcipuus Fabrianæ Censuræ aculeus, in quo se tantopere jactat, reflexus obtunditur. Nam quod ad exceptionem ejusatinet, nullam Pacti vel conventionis de pignore, mentionem fieri in hac *l. 24. §. 2.* nihilominus contra ipsum valet, cum nec

ulla

ulla necessitatis & distractionis publicæ mentio fiat *in hoc* §. 2. Quo autem de Conventionali venditione magis intelligendus sit *hic* §. facit, quod de tali in omni hoc Tit. *inde à Lege* 4. de conventione, inquam, alienandi pignus sermo frequens est: de necessariâ venditione vix usquam, sed de illa magis in *Tit de Distractione Pignorum*, inferius agetur.

4. Unum adhuc Fabri superest, agmen claudens, argumentum. Ejus verba. *Sed illud omnium maxime stultum est & Triboniani inscitiam prodit apertius. Quod addit, ut quæstionem hanc totam subtiliter, si dis placet, concludat;* Quod si jam accepit pecuniam, superfluum reddit. *Quid enim erat necesse, hoc addere? Aut quid attinebat, quærere, de quo ne anus quidem dubitaret, an debitori superfluum reddere pignoratitiâ actione deberet Creditor, qui totius pretii pecuniam ab emptore pignoris accepisset?* Non tam miror, quod Tribonianum nihil mali de se meritum, immerito tam inclementer habet Faber, quam quod Bachovium nullis probris in se parcentem satis honorifice tractat, quod laudi summæ ducerem, nisi asperitas in mortuum aliud quam fiduciam causæ de modestia in vivos argueret. An nescit Faber conclusionem nunquam posse negari, nec esse absurdum, è controversis propositionibus educere positionem indubitatam? Imo hac gratia omnis instituitur disputatio, ut ex ancipite quæstionis conflictu indubitata resultet conclusio. D. Anton. Matthæus in disputationibus suis Fundamentalibus, habet unam, hujusce, cujus sæpe meminimus, inscriptionis, quâ non Tribonianum, sed ipsos veteres Juris consultos arguit ineptiæ, quod rationes supervacuas, inertes, idemque per idem otiose demonstrantes suis responsis frequenter adjecerint, quæ res merito in rationibus reprehendatur, si modo verum est, quod minus esse quam D. Matthæus velit, alias vidimus: At conclusiones indubias è dubiis rationibus educere, quis unquam insectatus sit, mihi quidem non constat.

Paulus Lib. v. Epitomarum Alfeni Vari Digest.

Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine, sua auctoritate, detinuit. Postea flumen crevit, & ratem abstulit. Si, invito ratiario, retinuisset: ejus periculo ratem fuisse, respondit. Sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret: culpam duntaxat ei præstandam, non vim majorem. l. 30. d. Pignor Act.

1. Miratur Autumnus, quod Interpretes hanc legem non intellexerint, *in sis Censur. ad h. l.* cum, ut ipse ait, *in pr. supervacua* sit vel iniqua, ut explicat, *quia, si sine culpâ ejus qui ratem detinuit, perierit, non debeat teneri, cum & semper distinguendum sit, utrum æquè res peritura fuerit,* si casus ille non evenisset, an secus *l.* 14. §. 11. *versu. etsi non culpa. Quod met. l.* 7. §. *Est & alia exceptio d. Quod vi aut. clam.* ubi, *nullam injuriam aut damnum dare videtur, æque perituris ædibus.* Atqui talis videtur fuisse casus, quo vis fluminis ratem abripuit. Cui accedit, quod ratiarius ipse fuit in culpa. Enimverò minus molestæ sunt Autumni Censuræ, quam Fabri, & illis facilius defungi licet. Respondemus igitur

tur fuisse equidem in culpa Ratiarium, quod ad diem non solvisset. Atqui ad hoc juris remedia sunt comparata, nec ideo ratem creditor auctoritate propria detinere potuit; quod sine prævia conventione minime licet; vel si absque illâ sit jussu Præsidis opus est *l. pen. C. h. t. l. 3. l. 20. C. de Pignor.* Neutrâ adhibitâ, vis fieri dicitur *l.* 13. *Quod Met. C.* Ad eum autem qui vim fecit, periculum semper spectat. *l.* 1. §. *rectissime & l. ult. d. Vi & Vi arm. l.* 1. *& Paſ. Quod. met. c.* Denique nec verum est, Ratem æque perituram fuisse, si creditor eam non detinuisset; quia Ratiarius eam in tempore subducere potuisset. Satisfactum est Autumni Censuræ.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD LIBRUM XIV. PANDECTARUM, VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. XXVIII. ad Edictum.



Unde quærit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus, nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio; & ait, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi cur talem præposuerit. Quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris, & hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra est. Quam distinctionem Pedius probat. l. 1. §. 9. *d. Exercit. act.*

1. Antonius Faber improbat hanc distinctionem, duntaxat ejus membrum posterius, inde à *verbis, Quod si ab initio*, quæ mallet esse Triboniani, quam Pædii & Ulpiani; quibus illa adjectio, *& hoc specialiter non expressit*, tanquam minus elegans congruere non videatur. Sed magis improbat sensum; *Evidenter falsum esse* adfirmat, eo quod *ab initio creditoris fraudandi consilium magister habuerit, exercitorem minus teneri: Cum tanto magis æquum sit, eum teneri, quod homi-*

hominem fraudulentum & dolosum, pro magistro elegit: si modo creditum sit, ad reficiendam navem, quæ tum in ea causâ fuit, ut refectionis indigeret l. ult. h. t. Quid enim ejus refert, an magister consilium fraudis ab initio habuerit, an ex postfacto ceperit. Ad hanc Censuram parata est responsio; Hic illud esse singulare, quod magister non expresserit specialiter, se ad navis causam accipere pecuniam; unde creditor imputare sibi debeat, quod magistro non ob causam navis, sed absolute crediderit; quo respectu nihil ea res ad Execitorem: sed hoc etiam Faber intelligit. Verum ita nihil ad rem pertinet, quod supponitur, inquit, utrum ab in initio fraudandi consilium habuerit, an hoc induerit deinceps, cum creditor ipse potius se de credendo pecuniam magistro, sine respectu ad navem specialiter expresso; quâ ratione sola adversus Exercitorem agere se posse, non ignorabat Denique, non videns sat causæ Faber, hunc errorem in Tribonianum transferendi, in eo tamen subsistit; Etsi quis eam Ofilio vel Pedio, aut ipsi Ulpiano, quam Triboniano adscribere malit; esse tamen mancam distinctionem. Nihil aliud opus fuisse distinguere, quam quod Africanus habet in *l. ult. h. t.* Si creditor pecuniam dederit ad navem reficiendam utrum verè navis in eo statu fuerit, ut refici deberet, an secus. Si prius, exercitorem teneri; sin aliter, non teneri.

2. Ut huic Censuræ pareamus; mihi omnino supponendum videtur, in hoc textu *l.* 1. §. 9. constitisse partibus, quod navis in eo statu fuerit ut refici deberet, idque creditores bene scivisse atque probare posse. Nam sine eo Verissimum & ex naturâ negotii est certissimum, Exercitorem non debere teneri *d. l. ult. h. t.* Id autem hic supponi cum ex ipsâ re, tum è verbis *quasi in navem impensurus*, evidenter colligitur. Hoc supposito, non erat abs re, per distinctionem id ipsum inculcare. Sed alia inde mota fuit Quæstio; Navis quidem indigebat refectione; creditor hoc sciens, magistro credidit, verum hic aliò pecuniam avertit. Jam distinguitur, Aut expressum est in mutuo dando & accipiendo, quod in navis refectionem crederetur, Aut hoc non fuit expressum, sed creditor ut indubitatum supposuit. Si expressum fuerit, Exercitor tenetur, ut est *in d. l. ult.* Si non sit expressum; qui casus est alienus ab argumento *d. l. ult.* Creditor solum magistrum habet obligatum, non Exercitorem. In quâ distinctione sic nihil est à ratione alienum, vel supervacuum, nec Africano *in d. l. ult.* repugnans.

Ulpianus lib. XXVIII. ad Edictum.

Cum plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest l. 1. §. *ult. d. Exercit.*

1. Multi sunt Exercitores unius navis, ut solent mercatores dividere fortunas suas, quo minus ad se perdendos Fortunæ permittant. Sed unum navi præponunt Magistrum. Hic male rem gerit; Æs alienum contraxit multum. Num quid tenentur exercitores singuli, pro partibus suis, an in solidum singuli? Quid Ulpianus respondeat, videmus *in Textu.* Censura Hugonis Grotii. *Hinc etiam intelligi*

telligi potest, inquit, *Exercitoriam & Institoriam, quæ non tam Actiones sunt; quam qualitates actionum, ipso jure naturali niti. Adjiciendum hic est, malè Romanis legibus introductum, ut ex facto magistri exercitores in solidum singuli teneantur. Nam hoc nec naturali æquitati convenit, quæ satis habet, si pro suis singuli partibus conveniantur, nec publice utile est. Absterrentur enim homines ab exercendis navibus, si metuant, ne ex facto magistri quasi in infinitum teneantur. Atque adeò apud Hollandos, ubi mercatura pridem maximè viguit, & nunc & olim lex illa Romana observata non est: imò contra constitutum, ne Exercitoriâ etiam universi amplius teneantur, quam ad æstimationem navis, & eorum quæ in navi sunt. lib 2. de jur. B. & P. c.* XI. *n.* 13. De utilitate publicâ, ratione Mercaturæ, non dissenserim à Grotio; sed quod illa populo Romano forte minus valide cordi fuerit, quam Hollandiæ Rectoribus, ad diversitatem morum & institutorum seculi atque Reipublicæ, quam ad Censuræ causam referendum puto. Nec ideo τὸ *male* Grotianum, Romani Juris Auctoribus merito applicari putem. Multo minus ob defectum æquitatis naturalis, cujus exactâ observantiâ Legislator Romanus mihi maxime permotus videtur, ut rei nauticæ utilitatem, quam ad summam Rempubl. pertinere non ignorat & profitetur in *l.* 1. §. 20. *h. t.* post æquitatem & simplicitatem justitiæ expletricis poneret. Grotius ait, æquitati naturali satis esse, quod singuli pro suis partibus tenentur. Ita est, si plures qua tales contraxerint, ac ita Legibus cautum est, de ipsis exercitoribus, si plures per se navem exerceant, pro sua quemque parte teneri *l.* 4. *in pr. h. t.* Verum quando plures se conjunxerunt, ac univerunt in personâ unius magistri, qui solus cum aliis contraxerit, non est æquum, ut hi in plures adversarios distringantur, ait Gajus *in l.* 2. *h. t.* idque in gratiam exercitorum, à quibus id actum est, ut contractus ad negotiationem navis pertinentes ab uno solo inirentur. Iniqua conditio inferretur contrahentibus cum magistro, si ex uno contractu negotioque cum uno & voluntate partis adversæ gesto, decem, aut aliquando centum, ut sæpe non pauciores unius navis exercitores dantur, convenire juberentur. Res igitur ita se habet; Romanos vidisse non minus quam Hollandos, illud jus, quo singuli Exercitores in solidum tenentur, absterrere cives à navibus exercendis; sed non putarunt, hanc utilitatis rationem subigere posse jus aliorum contrahentium, ut tam iniquam conditionem, quâ jus illorum in infinitum dissiparetur, subire cogerentur. Tantum abest, ut Æquitas objici possit huic Juris positioni, ut tantum non aliquanto nimis studiosi æquitatis, præ utilitate, fuisse videantur. Habeant igitur Hollandi utilitatis procuratæ laudem, Æquitatis custoditæ rationem Romani facile tuentur.

Africanus Lib. VIII. Quæstion.

Lucius Titius Stichum magistrum navis præposuit. Is pecuniam mutuatus, cavit, se in refectionem navis eam accepisse. Quæsitum est, an non aliter Titius exercitoria tenetur, quàm si creditor probaret, pecuniam in refectionem navis esse consumptam. Respondit, creditorem utiliter acturum, si, cùm pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet. Etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi,

stringi, ut ipse reficiendæ navis curam suscipiat, & negotium domini gerat: (quod certè futurum sit, si necesse habeat probare, pecuniam in refectionem erogatam esse) ita illud exigendum, ut sciat, in hoc se credere, cui rei magister quis sit præpositus. Quod certè aliter fieri non potest, quàm si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse. Quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet: multo tamen major pecunia credita fuerit, quàm ad eam rem esset necessaria: non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari. L. ult. in pr. d. Exercit. Act.

I. Bene Cujacius *ad h. l.* Ei, qui credidit ad reficiendam navem esse considerandâ, si velit actionem habere efficacem I. ut nominatim magistro det mutuum ad refectionem navis II. Ut navis in eo statu sit, ut refectio sit necessaria. III. ne plus quam necessarium sit, credat: Hæc secundum hujus loci sententiam, contra quam est Censura Autumni. „Sententia *Africani* non est probabilis, inquit; omnia enim facta magistri debet præstare, qui eum præposuit, „alioquin contrahentes deciperentur. Nam si magister deceperit creditorem, „& persuaserit opus sibi esse centum in refectionem navis, cum sufficerent „quinquaginta, non ideo minus aget cum exercitore in centum. Quid si ad armandam sive instruendam navem vel nautas exhibendos, vel ad velum emendum, aut malum mutuatus est decem, & octo impenderit, non erit creditoris, ut ait Ulpianus in *l.* 1. §. *sed etsi. hoc tit.* Sed etsi in pretiis rerum emptarum fefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris: nec oportet „creditorem ad hoc adstringi, ut reficiendæ navis curam suscipiat, & negotium domini gerat, quod certè futurum erit, si necesse habeat inquirere, quanta „pecunia necessaria sit in refectionem navis, quod nec ipse magister, nec ipse Faber qui navem reficit, certò scire potest; videmus enim architectos „& hujusmodi artifices & operarios falli in computatione impensarum, & „in pretiis rerum quæ quotidie mutantur. Quo modo igitur creditor, cujus „nihil interest, bene vel malè navis reficiatur, certò scire potest, an multò „majorem pecuniam credat, quam ad eam rem sit necessaria. Cujacius qui sententiam Africani defendere non potest, id ab Africano de creditore sciente scriptum ait. Verum est, Cujacium ad conciliandam *hanc L.* cum *l.* 1. §. 10. *eod.* ubi, *Si in pretiis rerum emptarum fefellerit magister, exercitoris damnum, non Creditoris*, ita velle. Sed ego non putem illuc esse confugiendum. Modica inæqualitas, quæ non potuit ei esse perspecta, non nocet Creditori *d. l.* 1. §. 10. Sed si MULTO majorem pecuniam crediderit, quam res postularet, id ipsi potius, qui scire debuit, cui & in quem usum crederet, quàm Exercitori obesse debere, vult ratio & æquitas. Debuit explorare statum navis, antequam crederet, ut constat; Hoc tam oscitanter facere non debuit, ut *multo* plus ad eam rem pecuniæ requiri constitueret ac mutuo daret, quam opus esse, palàm erat, vel ejusmodi latæ culpæ exceptione merito refutabitur. Qui se pecuniam credere novit, Tutori, Procuratori, vel cuilibet res alienas gerenti, hic in personam & negotii naturam diligentius inquirat, oportet, quam qui domino & rerum suarum administrationem habenti credit: ut pluribus exemplis, quæ passim obvia sunt, illustrat *hic* Anton. Faber. Autumni Censura ex hisce dictis ultrò, nisi fallor, evanescit. Nam quod ait, Exercitorem ad omnia facta Magi-

gistri præstanda teneri, verum non est; cum nullo modo teneatur, ultra limides Præpositionis suæ Ad eo ut præpositius ad emendum non obliget dominum si vendat *L.* 5. §. 11. *&* 12. *d. Inst. Act.*

Paulus Lib. XXXIV. ad Edictum.

Si, laborante nave, jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvæ sunt, ex conducto, ut detrimentum proportione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorem vectorum merces retineat, donec portionem damni præstent. Immo, etsi retineat merces magister, ultrò ex locato habiturus est actionem cum vectoribus. Quid enim, si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? planè commodius est, si sint, retinere eas. At, si non tamen navem conduxerit, ex conducto aget: sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt. Æquissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. l. 2. in pr. ad L. Rhod. de Jactu.

1. Pro servanda nave, mercibus & vectoribus eâ comprehensis, jactæ sunt merces, ut fit, ad levandam navem. Quid est melius, æquius, quam omnium contributione farciri, quod pro omnium rebus & vitâ servandis ejectum est? Quid expeditius, quam ut domino mercium ejectarum actio detur adversus reliquos, ut ad suam indemnitatem contribuant? Quod ipsum Lege Rhodiâ, quæ pars juris Romani est facta, cavetur *l.* 1. *& t. h. t.* Hic tamen, quantis opus sit ambagibus, ad executionem hujus æquitatis, videmus. Cujus merces ejecta sunt, non potest agere contra vectores reliquos, ut sibi partem damni dati præstent; sed ex locato vel conducto agere debet adversus magistrum navis, ut is reliquorum merces detineat, donec portionem damni præstent. Si hoc facere potest is, qui damnum, nave sua salvâ, passus est nullum, quanto magis ei qui passus est damnum, actio directe adversus eos, qui tenentur ad contribuendum, competere debet, quæ tamen nulla datur? Si excipitur, quemadmodum excipiendum est, Vectores nihil inter se egisse, merces urgente tempestate, tumultuario ejectas; In rem actionem hic dari nullam, idque manifestum esse; ubi nullum jus in re sit, nec in personam, ubi nec contractus neque delictum est, verum vel quasi tale; Replicabo, hanc esse Juris Civilis imperfectionem, quod ex æquitate tam manifesta non habet facultatem suggerendi aliquid actionis. Imo, licet hic nihil expresse, forsitan actum sit, inter Vectores, in id tamen omnes tacite, quid ni etiam plerumque expresse, palam est, consensisse, ut ad navem levandam graviora mercium ejicerentur. Unde quasi è contractu cæteri vectores obligati videntur: denique condictio ex lege datur, quoties usu venit, ut Lex obligationem producat, neque tamen actionem, quâ sit experiundum, suppeditat *l. un. d. Condict. ex Lege.* Quicquamne liquidius hujusmodi Condictionem merebatur, quam jactus mercium unius è vectoribus, adversus cæteros, ad contributionem ex Lege Rhodiâ? Tam clare actionis loco, Juris auctores nescio, quem *mirum*, ait, merito Faber, circuitum agendi contra alium, ut is pro te agat adversus

eo,

eos, qui tibi ad contributionem tenentur; imo ut alius ex alieno, quod est apud ipsum, pro te retineat quantum satis est; per modum quendam *Arresti* jure Romano alioquin ignoti: Cum nec invitus agere quisquam teneatur, nec alius pro alio agere vel experiri possit, nisi tutorio, vel procuratorio nomine *pr. Inst. de iis per quos agere poss.* Tutelæ autem vel Curæ nihil hic; ne mandati quidem procuratorii, cum hoc sit inter volentes, Magister autem hic invitus tenetur.

2. Haud nihili sunt hæ difficultates: Quibus ita satis fieri posse videtur: Vectores furtuito concursu in navem delati & tempestate oppressi nihil inter se habent negotii. Magister navis servandæ curam habet, & merces quæ illam deprimunt, ejicit, non expectato vectorum arbitrio. Quorum igitur merces ejectæ sunt, magistrum, neminem præter eum, convenire possunt. Etsi æquitas contributionem injungat, hæc tamen nimis est vaga, quam ut actionem contra vectores, sine ullo ipsorum facto, præstare queat. Dicent, se nullam dedisse causam ejiciendi merces, ideoque non teneri: Conveniendus igitur magister, qui cum utrisque, tam qui damnum passi sunt, quam cæteris vectoribus contraxit, ac ideo tam ipse conveniri, quam reliquos compellare potest, super eo, quod è contractu, qui inter ipsum & vectores intercedit, resultat. Condictio ex Lege coutra cæteros non habet facultatem, quia locum habet illa, cum Lex obligationem sine designatione actionis producit. Sed hic obligatio, quæ sine facto nulla est, inter vectores per Legem Rhodiam non constituitur, etsi contributionem, ex æquitate universâque rei gestæ complexione producat. Denique, invitus nemo quidem agere compellitur, sed ita, nisi è contractu factoque suo teneatur; quemadmodum magister in hoc casu è locatione conductione & ejectione mercium tenetur. Et quod nemo pro alio dicitur agere posse, fallit, si agentis intersit, ut Justinianus docet *in* §. 19. *Inst. de Inutil. stipulat.* quemadmodum hic interest magistri, eo quod ipse alioqui de mercibus, quas ejici jussit, teneretur. Ita nihil est causæ, cur hanc oporteat subire censuram: Etsi moribus hodiernis, ex simplicitate Juris Gentium, ego non dubitem, quin etiam hi, quorum merces ejectæ sunt, immediate adversus cæteros vectores actionem instituere possint, ut jam observavimus *in Prælect. ad h. t. n.* 7.

Paulus Lib. xxxiv. Edictum.

Cum in eadem nave varia mercium genera complures mercatores coëgissent: præterea que multi vectores servi, liberique in ea navigarent: tempestate gravi orta, necessario jactura facta erat. Quæsita deinde sunt hæc: an omnes jacturam præstare oporteat, & si qui tales merces imposuissent, quibus navis non oneraretur, velut gemmas, margaritas: & quæ portio præstanda est: an etiam pro liberis capitibus dari oporteat: & qua actione ea res expediri possit. Placuit, omnes, quorum interfuisset, jacturam fieri, conferre oportere: quia id tributum observatæ res deberent. Itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse. Jacturæ summam

pro rerum pretio distribui oportet. Corporum liberorum æstimationem nullam fieri posse. Ex conducto dominos rerum amissarum cum magistro, acturos. Itidem agitatum est, an etiam vestimentorum cujusque, & annulorum æstimationem fieri oporteat. Et omnium visum est: nisi si qua consumendi causa imposita forent: quo in numero essent cibaria: eo magis, quod, si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret. Si navis à piratis redempta sit, Servius, Ofilius, Labeo, omnes conferre debere, ajunt. Quod verò prædones abstulerint, eum perdere, cujus fuerint: nec conferendum ei, qui suas merces redemerit. l. 2. §. 2. *&* 3. *Ad Leg. Rhod.*

1. In hoc textu varia reprehenduntur. Primo, Autumnus iniquum esse non dubitat, quod etiam pro mercibus, quæ nihil ad onerandam navem contulerunt, ad damnum farciendum conferri oporteat. *Jacturæ summam pro onere, non pro rerum pretio distribui oportere, puto,* ait, *quia æstimatio mercium non est causa periculi, sed onus: Levandæ enim navis causâ jacta merx.* Si quis mulum, *ita pergit,* plus justo oneravit, & is aliquid membri ruperit, Aquiliæ locum fore putat Ulpianus, qui non idem putaret, si mulus gemmas & margaritas tulisset *l.* 27. §. 23. *ad L. Aquiliam.* Pluribus hanc rationem persequitur eodem spectantibus; Ad quæ Groenewegius, Adstipulator alioqui perpetuus Autumni, *Quicquid dicat Autumnus in Censura Gallicâ,* inquit, *hic tamen* §. *moribus hodiernis observatur;* unde magnum æquitatis ejus præjudicium. Nec dubium, quin ratio Pauli, quicquid Autumnus in diversum proferat, facile vincat: Eo quod eorum, qui gemmas & margaritas habent, æquè intersit, navem servari, quàm cæterorum, qui merces habent Leviores. Nec his causa depressionis è pondere majori in crimen objici potest, quia nullam hac parte culpam, ut is qui mulum onere nimio corrupit, admiserunt; Merces enim ponderosas & viliores æquè in navem imponere licet, quam Leves & pretiosas; Quibus ideo, cum cæteris, à tempestate deprehensis nihilo plus objici potest, suo merito, quam dominis mercium Leviorum, ac ita circumventos à fortunâ idem ursit periculum, & jactandi necessitas, idemque jus utrisque convenit.

2. Nihilo plus difficultatis est in Censura §. 3. de nave à piratis redemptâ; quod pretium redemptionis Servius, Ofilius, Labeo & Paulus omnium collatione præstandum esse docuerunt: sed Autumnus distinguendum putat, utrum navis sola redempta sit, an merces pariter à mercatoribus in eam congestæ; Priore casu damnum solius magistri aut Exercitoris esse contendit; posteriore casu locum esse contributioni fatetur. Ego nec Paulum auctoresque ab eo laudatos aliud sensisse existimo, tam ex opposito casu, de his quæ prædones abripuerint, in *eodem* §. quam ex ipsâ negotii natura; Navem hic esse redemptam cum mercibus eâ contentis, non potest dubitari. Sed quod de Vestimentis *hic loci* habetur, eorum nomine fieri contributionem, ut naturali ratione facile defenditur, ita civili quis æstimatione magis laudet mores hodiernos, qui nomine vestimentorum, quibus induti sunt vectores, non magis quam ipsorum corporum exigunt contributionem, teste Grotio *lib.* 3. *Introduct. part.* 29. *n.* 18. Etsi ne hac quidem causâ Juri Romano patior infligi Censuram; quia vestimenta recipere æstimationem pecuniariam, secus ac corpora, palam est. Nec tamen aliquo casu fieri

fieri possunt Communia, quemadmodum de cibariis in casu necessitatis hic proditum est: Eleganti argumento, distinctionem dominiorum, ut pacis humani generis causâ introductam, ita salutis hominum causâ, ex ejusdem humani generis tacito consensu desinere atque *cessare*; *quâ* de re *alibi* pluribus actum. Postremo quod de his quæ prædones rapuere, non dari contributionem, legimus in *hoc* §. secus habetur in ipsa lege Rhodia, sicut ejus fragmentum hodie extat, ut demonstravimus in *Prælect. ad h. tit. n.* 3. Sed melior est ratio, quæ Juri Romano inserta est; Ejusmodi casus à singulis, quibus evenerunt, esse ferendos; cum nihil à vectoribus dictum vel factum sit, ex quo teneantur ad contributionem, Idque mores ita servant: Etsi damna, quæ pro defensione navis illata sunt contributioni subjiciantur, ut *d. loco* probavimus.

Callistratus Lib. 11. Quæstion.

Cum autem jactus de nave factus est, & alicujus res, quæ in navi remanserunt, deteriores factæ sunt, videndum, an conferre cogendus sit: quia non debet duplici damno onerari, & collationis, & quòd res deteriores factæ sunt. Sed defendendum est, hunc conferre debere pretio præsente rerum. Itaque (verbi gratia) si vicenum merces duorum fuerunt, & alterius aspargine decem esse cæperunt: ille, cujus res integræ sunt, pro viginti conferat, hic pro decem. Potest tamen dici etiam illa sententia, distinguentibus nobis, deteriores ex qua causa factæ sunt: id est, utrum, propter jacta nudatis rebus, damnum secutum est: an verò alia ex causa: veluti quòd alicubi jacebant merces in angulo aliquo, & unda penetravit. Tunc enim conferre debebit. An ex priore causa, collationis onus pati non debet: quia jactus etiam hunc adhuc læsit: numquid, & si aspargine propter jactum res deteriores factæ sunt? sed distinctio subtilior adhibenda est, quid plus sit, in damno, an in collatione. Si (verbi gratia) hæ res viginti fuerunt, & collatio quidem facit decem, damnum autem duo; deducto hoc, quòd damnum passus est, reliquum conferre debeat. Quid ergo, si plus in damno erit, quàm in collatione? utputa decem aureis res deterores factæ sunt. Indubitatè utrumque onus pati non debet. Sed hic videamus, num & ipsi conferre oporteat: quid enim interest, jactas res meas amiserim, an nudatas deteriores habere cæperim? nam sicut ei, qui perdiderit, subvenitur: ita & ei subveniri oportet, qui deteriores propter jactum res habere cæperit. Hæc ita Papirius Fronto respondit. l. 4. §. 2. Ad Leg. Rhod. de jact.

1. Hunc §. acutissimus Faber primo quidem spurium esse putat, inde è verbis, *potest tamen dici*, usque ad finem. Postremo totum §. à primis verbis ad finem usque Triboniani, non Callistrati, qui subtilius & elegantius scripsisset, esse judicat. Mihi stylus quidem Thracicus aut Græcanicus, qualis esset Tribonianæus, omnino in hoc textu esse non videtur; si quid adjectum sit, non admodum repugnem; sed Frontonis auctoritatem à Triboniano potius, quàm à Callistrato citari non expectaverim, nec in ipsâ re tales ineptias, quales Faber invenit, offendisse videor. Sed illum hæc maxime verba movent, *Distinctio subtilior adhibenda est, quid plus sit, in damno, an in collatione*. Quæ tamen secunda distinctio tantum

abest, ut sit *subtilior*, ut nec ullâ ratione defendi possit, *ait Faber*. Nam si plus in collatione sit, quam in damno; constat, quod nec Tribonianus negat, collationem non eo minus fieri debere, sed detracto tamen damno. At cum plus in damno, quàm in collatione fuerit, stulta quaestio est, an collationis onus pati debeat, cum detrahi damnum semper necesse sit, antequam collatio fiat. *Hæc ille:* In quibus apparet, illum recepisse vocem *Subtile*, sensu vulgi, pro acute erudito, ut Philosophi *subtiles*, & Faber ipse habitus est *subtilissimus*. Sed Callistratus vocabulum *subtilius*, accepit, latinè, pro *tenuius*, *exilius*, ut Gajus *in l.* 58. *d. V. S. Inter gesta & facta videtur quædam esse subtilis differentia*, inquit. Ita *subtilis juris regula*, quæ non multum habet *realitatis in l.* 13. *pr. d. lib. & post. hered.* Ita passim apud alios scriptores. Non promittit igitur Callistratus, eruditiorem aut profundiorem tractatum, sed distinctionem contentius & minutius id quod agitur explicantem collocat, exposito calculo damni & collationis, & comparatione numerorum factâ. Quam autem inique agit Faber! Alterum distinctionis membrum admittit; de altero, quod JurisConsultus *indubitatum* ait esse, stulte quæri cavillatur, cum non ut quæstionem posuerit hunc articulum; sed quod in dubitate resultat ex iis quæ dixerat, in hoc desinat JurisConsultus. Quæ plura Faber adfert hisce minus speciosa, nec relatu nec refutatu digna sunt. Nisi quod hoc ab omni fide veri alienum mihi videtur, quod Tribonianus non modo ingentem hanc laciniam Callistrato adjecerit, sed etiam quod Papirium Frontonem antiquum scriptorem in partes vocaverit, ejusque distinctionem Fabro laudatam, ut in se probam, aliter quam Fronto voluit, adhibuerit. Id enim Faber ita adseverat, ut qui Frontonem nunquam vidit, melius tamen sciat, quid ab eo scriptum fuerit, quam qui illum descripsit, & sententiam ejus ex ipso auctoris libro depromtam nobis exhibuit. *Error Triboniani est*, inquit, ille, *quod distinctionem Frontonis in illa quæstione, an ei, cujus res deteriores factæ sunt subveniri oporteat, traxit ad illam quoque quæstionem, de quâ Fronto non cogitaverat, an is, cujus merces deteriores factæ essent, ei conferre aliquid deberet, qui navis levandæ causâ merces suas ejecisset.* Quod fecisse Tribonianum, an Callistratum mihi quidem non liquet. Ultima enim quæstio secundum Frontonis distinctionem, seorsim consistit, & ex priore quidem fluit, sed cum illâ non miscetur. Quæstio loci est, An is, cujus merces factæ sunt deteriores, conferre debeat ei, cujus res jactæ sunt. Distinguit, Aut deteriores factæ sunt per & propter jactum, aut alio modo fortuito. Si prius, collatio fit, deducto damno: si posterius, simpliciter fit collatio. Sed & priore casu, ad damnum datum mercibus, per jactum aliarum, resarciendum, à reliquis contribuendum est. Hanc distinctionem clarius & nitidius, quam hic factum est proponi potuisse, non nego: Censuram absurditatis & suppositionis universæ non agnosco.

Vo-

Volusius Mæcianus ex Lege Rhodia.

1. Ἀξίωσις Εὐδαίμονος Νικομηδέως πρὸς Ἀντωνῖνον βασιλέα· Κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε, Ναυφράγιον ποιήσαντες ἐν τῇ Ἰταλίᾳ, διηρπάγημεν ὑπὸ τῶν δημοσίων τῶν τὰς κυκλάδας νήσους οἰκούντων. Ἀντωνῖνος εἶπεν Εὐδαίμονι· ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης· τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ, ἐν οἷς μήτις τῶν ἡμετέρων αὐτῷ νόμος ἐναντιοῦται· τοῦτο δὲ αὐτὸ καὶ ὁ θειότατος Αὔγουστος ἔκρινεν. id est.

Deprecatio Eudæmonis Nicomediensis ad Antoninum Imperatorem: Domine Imperator Antonine, naufragium in Italia facientes, direpti sumus à publicanis Cyclades insulas habitantibus. Respondit Antoninus Eudæmoni: Ego quidem mundi dominus: lex autem maris: lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis præscripta est, judicetur: quatenus nulla ei nostrarum legum adversatur. Hoc idem Divus quoque Augustus judicavit. l. 9. ad Leg. Rhod.

1. In hoc Textu, omnium Censuris & Crisi vexato, Antonius Faber nihil desiderat; Omnia recta & plana sunt ipsi. Adeo nihil illi, illi, quam quod ipse reperit, Censuræ, placere videtur. Nec quidem nos prolixi erimus in eo, quod in *Prælection.* executi sumus, ubi plures, quæ huc rereferri poterant, observationes collocatæ & expositæ sunt quas repetere non sustinemus. Eminent duæ difficultates in textu, quibus sine Crisi satisfieri non posse credimus. Prima est in his verbis; ναυφράγιον ποιήσαντες ἐν τῇ Ἰταλίᾳ. Non habet sensum, tam quod mare nullum sit in Italia, quam quod nihil ad eam publicani Cyladum insularum, duobus mari bus omnique Græciâ interjacentibus. Emendationes Petiti & aliorum refellit, non suggerit aliam, nec commodam expositionem D. Wissembachius *hic*. Nos acquiescimus in emendatione Grotianâ, pro ἐν τῇ Ἰταλίᾳ, legendum, ἐν τῇ Ἰκαρίᾳ, in mari Icario, quod est apud Icariam, è Cycladibus Unam, satis usitato nomine. Qui nolunt mutari Lectionem, possunt uti argumento *l. 9. d. Judiciis.* ubi *Insulæ pars Italiæ sunt*. Quod ad Jurisdictionem & Forum, de quo illic agitur attineat, hoc verum est, eos qui in Insulâ provinciæ alicui subjecta agunt, subjectos eidem provinciæ censeri. At non ideo recte ita dicimus; eos qui in mari Italico navigant, esse in Italiâ tum quod publicanis Cycladum nihil in Italiâ negotii esse potuit.

8. Altera difficultas est in his verbis; Ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς Θαλάσσης, τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ. *Ego quidem Mundi Dominus, sed lex Maris: Lege Rhodiorum nauticâ judicetur.* Non idonea connexio sensus, quicquid alii inducant *Ego quidem orbis terræ dominus, sed Lex maris*, scilicet *Domina?* Et lex in genere? Nihil est, quod ἀπὸ κοινοῦ, ab eo quod jam positum erat, subintelligi potest commodè, Nec emendatio Seldeni, vel Petiti, relatæ & refutatæ à Wissembachio ad literam & sensum bene descendunt. Petitus ita legit, ὁ δ᾽ ἄνεμος τῆς θαλάσσης. Ventus autem Maris, quasi Pius Imperator id ageret, ut consolaretur Eudæmonem aut ille remedium contra Æolum peteret 3. *Miscell.* 11. Seldenus unam propositionem facit è duabus. *Lex maris judicetur lege nauticâ Rhodiorum*, sublatâ distinctionis notâ. *Insulsa oratio*, inquit Wis-

Wissembachius, *Legem Lege judicari!* Nos etiam in partes emendandi venimus, &, bonis avibus, ut opto scilicet, non mutatione, sed trajectione modicâ verborum, hoc modo. Ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, Ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης, τῶν Ῥοδίων: Τῷ νόμῳ κρινέσθω τῷ ναυτικῷ. *Ego quidem Mundi dominus: Lex autem maris est Rhodiorum. Lege Nautica res judicetur.* Etsi orbis terrarum imperium ad me pertineat, in rebus tamen maritimis valet lex Rhodiorum: secundum hanc illa quæstio judicetur, & habetis judices vestros. Ita Pius Imperator, verbis ad illum sensum, ut à nobis posita sunt, bene congruentibus. De Dominio Maris, & cæteris huc spectantibus, & de his ipsis rebus, adeat qui volet *Prælect. ad h. tit.* ubi commentarius *ad hanc L.*

Labeo Lib. 1. Πιθανῶν, à Paulo epitomatorum.

Si ea condicione navem conduxisti, ut eâ merces tuæ portarentur: easque merces, nullâ nauta necessitate coactus, in navem deteriorem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit: & merces tuæ cum ea nave perierunt, in qua novissime vectæ sunt: habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: Immo contra: si modo ea navigatione, utraque navis periit: cum id sine dolo, & culpa nautarum factum esset. Idem juris erit, si prior nauta publice retentus, navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. Idem juris erit: cum ea condicione à te conduxisset, ut certam pœnam tibi præstaret, nisi ante constitutum diem, merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset: nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea pœna spectaret. Idem juris in eodem genere cogitationis observabimus: *si probatum fuerit, nautam morbo impeditum, navigare non potuisse. Idem dicemus, si navis ejus vitium fecerit sine dolo malo, & culpa ejus. l.* 10. §. 1. *ad L. Rhod. de Jact.*

1. Mali ominis hæc est inscriptio, si credimus viris quibusdam nimiâ mole doctis, quibus nullum in studiis institutum pejus est, quam facere & sequi *Epitomas.* Egimus hac de re quod satis est in *Dial. de Ratione Juris docend. & disc.* Magnum autem in diversum auctoritatis argumentum est, *Paulus*, qui Labeonis *Probabilium* libros in compendium redigere dedignatus non est. Sed fateamur, oportet, non esse merum & genuinum, quod hic habemus, Compendii specimen: cum potius notæ sint ac animadversiones, ad Labeonis sententias prius summatim propositas. Nimis enim crebro ingeminat illud, *Contra est.* Cum nihil quam casus singulares exceptos, in quibus ipse Labeo, aliter credo, non statuisset, accumulet; Cujusmodi plures hic habemus. Ex his una periodus est obscura, nisi mendosa sit, quam supra literis separatis distinximus. Cujacius pro *locasset*, ut est Florentiæ, legit ita; *locasses*; satis necessario, ut è contextu liquet. In sequentibus legit; *Quominus remissam sibi eam pœnam spectaret.* Et pro *Cogitationis* legit, *Cognitionis lib.* 3. *Obs. c.* 2. Antonius Faber, primam correctionem admittit, non æque secundam, præ quâ retinet Florentinam, id est, vulgatam, ut hodie utimur, lectionem. Sensum tamen non explicat, nisi quod *spectaret*, pro *exspectaret*, accipit, ut *pensare*, pro compensare.

ſare. Eſt tamen ita locus obſcurior; ſic igitur explicandus: Cum nauta pœnam à ſe promiſſam, ſi frumentum ante diem certum Romam non devexiſſet, metueret, eo quod navis ſua vi majore detinebatur, quo caſu dubium erat, an à pœnâ promiſſa excuſaretur, per *l. ult. d. Naut. fœn. l.* 77. *d. V.* O. raptim conduxit navem deteriorem, in quam frumentum è ſua nave conjecit, quod in eâ corruptum eſt. Voluiſſet, remiſſâ ſibi pœnâ, quam tibi promiſerat, expectare, dum in tempore, cum nave ſuâ navigaret. Sed cum tu pœnam ei remittere nolles, occaſio damni illius accidit, à quo ipſum ita immunem haberi æquitas jubet. Explicatio illa ſalvâ lectione Florentinâ, præferenda videtur emendationi Cujacianæ. Niſi quod juxta Tò *locaſſes* de quo diximus, verbum *Cogitationis*, ſine dubio quoque mendoſum eſt, legendum, ut Cujacius, *Cognitionis*; vel potius, ut Faber, *Conditionis*. Sunt enim caſus hic à Paulo excepti, *conditiones*.

Paulus lib. 111. ad Edict.

Si impubes patri habenti inſtitores, heres exſtiterit, deinde cum his contractum fuerit: dicendum eſt, in pupillum dari actionem, propter utilitatem promiſcui uſus, quemadmodum ubi poſt mortem tutoris, cujus auctoritate inſtitor præpoſitus eſt, cum eo contrahitur. Ejus contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem interceſſit, etiam ſi furioſus heres exſiſtat, dandam eſſe actionem, etiam Pomponius ſcripſit: non enim imputandum eſt ei, qui ſciens dominum deceſſiſſe, cum inſtitore exercente mercem contrahat. l. 17. §. 2. *&* 3. *d. Inſtitor. act.*

1. Contra verſum poſteriorem eſt Cenſura Antonii Fabri, locum non eſſe Juridicum ſtatuentis; niſi deleatur, *τὸ furioſus*, & pro *ſciens* legatur, *neſciens*. Priorem tamen §. adjecimus, quia vix eſt, ut ſenſus *poſterioris*, abſque eo conſiſtat. Non poteſt etiam de hac Cenſurâ judicari, niſi conſtet, prius an inſtitoris officium morte præponentis finiatur. Non finiri, Cujacius ad *Afric.* xi. & communiter Interpretes ſtatuunt, ex *l.* 11. *pr. h. t.* Ubi dicitur, pupillum, cujus tutores non removerunt Inſtitorem à defuncto præpoſitum, ex ejus contractibus adhuc teneri; quod ipſum in hoc §. 2. ſcriptum eſt; ubi & ratio, cur id ita placuerit, etſi alioqui mandatum quo inſtitor conſtituitur *l.* 1. *ſub fin. h. t.* morte extinguatur §. 10. *Inſt. de Mand.* idque propter *utilitatem promiſcui uſus*, id eſt, mercaturæ, eleganter ita dictæ. Atque ita Inſtitor Procuratori ſive Mandatario ſimpliciter dicto opponitur in *l.* 5. §. *ſed & cum Fullo* 10. *d. Inſt. act.* Et hinc, qui ſic de finiendo Inſtitoris officio ſentiunt ex *h.* §. 10. rationem petunt, cur imputandum non ſit ei, qui, *ſciens* Dominum deceſſiſſe, cum ejus Inſtitore contraxit

2. Sed Faber Interpretes erroris agit reos, quod inſtitoris officium morte non finiri putaverint, juxta naturam mandati *d.* §. 10. Probat idem in eo fieri ex *l.* 5. §. *pen. h. t.* ubi ſcribit Ulpianus, heredem ejus, qui inſtitorem præpoſuit, teneri, quatenus eodem inſtitore utitur; ut traditur etiam de contractibus ante aditam hereditatem initis, quia *æquum eſt, ignoranti dari inſtitoriam actionem*,

actionem, diserte contra quam hic idem de sciente prædicatur. Hinc probat Faber; heredem præponentis Institori non aliter teneri, de rebus post mortem præponentis ab institore gestis, quam si de facto eodem ut institore sit, non igitur per se, nec ipso jure. Cui accedit, quod Institor, de his quæ post mortem præponentis gessit, non aliter habet actionem, quam si ignoraverit, illum mortuum, quemadmodum de Mandato communiter traditum est in §. 10. *Inst. Mand.* Additur argum. *l.* 41. *d. Reb. Cred.* ubi valent ea, quæ à servo quem dominus Kalendario præposuerat post mortem domini gesta sunt, si mortem ejus non ignoraverit. Sed in contrarium facit, quod idem Ulpianus in *d. l.* 11. Institorem manere scribit, quamdiu non removetur à pupilli Tutoribus. Hoc quidem Faber de filio herede Patris, qui ipso jure sit heres, non de quovis herede vult accipiendum. Atqui in mandato non distinguitur heres filius ab extraneo, quin hoc morte mandantis indistincte finitur *d.* §. 10. Et *in d. l.* 1. *pr.* non dicitur heres patris, sed ejus qui institorem præposuit, qui tamen per eundem institorem obligatur. Excipit quidem Faber, pupillum, qui heres ibi extitisse dicitur, non nisi respectu Patris intellegi, cum alioqui *impuberes* appellentur; sed hoc cum aliunde secus apparet, tum ex §. *Pupillus.* 9. *Inst. de Inutil. Stipulat. l.* 13. §. 1. *d. Dol. mal.* ubi pupilli absolute, sine respectu Patris, solâ ætatis ratione designantur. Vix igitur est, quin positio, Institoris officium morte non finiri, satis approbata sit ex hac *l.* 17. §. 3. *&* *d. l.* 11.

3. Videamus objectiones. De Mandato responsum est ex hac *l.* 17. §. 1. quod aliter in Institore postulet utilitas promiscui usus è qua Institor à Procuratore sive Mandatario distinguitur, quâ de re diximum in *Prælect. ad b. t. n.* 2. *Lex* 5. §. *pen.* docet, heredem sine dubio teneri è contractu institoris, quo ipse adhuc utitur; quod non repugnat huic sententiæ; Potest enim & non uti, & tunc etiam heres non tenebitur. Nec enim dicit, eum aliter non teneri, quam SI *utatur*, quasi de facto prius hoc constare deberet. Quid juris sit, ubi de facto contrahentis non constat, an heres adhuc eodem utatur institore, non exprimitur; nisi quod æquum esse dicitur, *ignoranti Institoriam actionem dari.* Quid inde sequitur? Si contrahens sciat, heredem eodem institore non uti, hoc est, illum mutasse præpositionem à defuncto illi injunctam, actionem non dari. Non agitur ibi de scientiâ mortis præpositoris, ut in hac *l.* 17. §. 3. sed an institor sit mutatus, quod proxime versum de *ignorantiâ* præcedit; Si contrahens id ignoravit, habet actionem. Atqui in hoc casu *l.* 17. §. 3. id ignoravit omnino; nec enim scivit, an hereditas adita, nec forte, an præponens sit mortuus: Ergo non potuit nec ignorare, quod ad meritum hujus actionis pertinet, quid nempe de institore factum esset. Superest *Lex* 41. *de Reb. Cred.* ubi servus Kalendario præpositus à Domino defuncto, ex parte heres institutus & liber factus est; qui hoc ignorans interim Kalendarium administravit: Acta valent & heredes ex actis ejus tenentur, si contrahentes idem ignoraverint. Ergo si sciverint, non habebunt actionem. Respondetur, hoc ideo, quia sciverint, illum ex servo liberum, & ex heredibus unum esse factum, ipsoque actu ita desiisse Kalendario esse præpositum. Incidit igitur illa species in id quod diximus: Si contrahentes sciverint, institorem non esse amplius institorem, actionem

nem illis non dari: Sed cum morte sola præponentis mutatio institoris non committatur, ejus quoque rei scientia non excludit actionem institoriam. Ac ita recte habet hujus loci Lectio Florentina

3. Pars altera Censuræ Fabrianæ pertinet ad *furiosi* mentionem in hac *L.* 17. §. 2. quam Faber abesse & induci vult. Quippe, certum est ait, furiosum heredem esse non posse, nisi Patri suo, cui & *suus* & necessarius heres est *l.* 2. *d. Condict. furt.* sed de illo casu hic locus intelligi non potest, propter verba *ante aditam hereditatem*, cum in suis heredibus nulla sit hereditatis aditio *l.* 11. *d. lib. & post. Hered. l.* 14. *d. Suis & legit. her.* Quare *non dubito*, Faber, *quin delenda sit dictio*, furiosus, *addita scilicet, ab imperito interprete, existimante, sensum alioqui perfectum esse non posse.* Furiosi imperitia fuerit, addere furiosum, ubi nullus est. Quis autem, si deleas *furiosum*, erit heres? Faber ait, illum esse repetendum ex §. præcedente, ubi de impubere. Sed ibi impubes patri fuit heres; cui tanquam *suo* heredi non minus obstat, *adita hereditas*, quam filio furioso. Non, ait Faber; sed impubes hic ponendus est extraneo vel cognato fuisse heres. Unde cedo? si repetitio facienda est ἀπὸ κοινοῦ, tacite ex præcedentibus, ita sumi debet, ut ibi collocata est: Mutatio enim non præsumitur, nisi probetur. Est igitur hæc crisis inepta & improbabilis. Quid igitur ad difficultatem Fabri? Illa minime talis est, ut propter eam sacrum Textum uri & scindi oporteat. E contractu Institoris, post mortem præponentis officium non finitur, antequam præpositio ab herede, vel ejus Curatoribus revocetur, etsi pupillus, §. 2. *h.* vel furiosus *l.* 23. heres extiterit, quia Contractus tenet hereditatem, ut defunctum repræsentantem §. 2. *I. de Hered. Inst. l.* 31. §. 1. *eod.* Verum est, furiosum non posse hereditatem acquirere *l.* 63. *d. Acquir. hered.* quia non nisi cum animo heredis, quem inducere non potest, hereditas acquiritur *l.* 20. *eod.* Sed hoc solummodo, quod ad vim acquisitionis perpetrandam, cum effectu transmissionis attinet, ita se habet. At nihilo secus bonorum possessio à Curatore pro ipso petitur, & fructibus hereditatis potitur, omnesque hereditariæ actiones adversus Curatorem dantur *Tit de Bon. poss. fur. infanti, mut. surd. dand. l. ult.* §. *fin vero* 8. *C. de Curat. fur.* Proinde Actionem Institoriam æque adversus Curatorem furiosi, quam adversus Tutorem infantis dari, quamdiu Institor ab his remotus non est, omni dubio caret; Adeoque etiam synceritas hujus lectionis & temeritas Fabri.

Ulpianus Lib. XXIX. ad Edictum.

Verba senatusconsulti Macedoniani hæc sunt: Cum inter ceteras sceleris causas „ Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, & „ sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filiofamilias „ mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in po„ testate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo fœ-

„nerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen, exspectatâ patris morte „fieri *l. 1. in pr. Ad SC. Macedon.*

1. Filiusfamilias mutuam accipiens pecuniam non tenetur ipse nec pater ejus, ob rationes in textu expositas, nisi pater jusserit, sciverit, aut ratum habuerit *l. 12. & 16. h. tit.* vel pecunia in rem ejus versa, vel in res utiles credita sit *l. 7. §. 12.* aut creditor nesciverit esse filiumfamilas *l. pen. eod.* paucisque aliis casibus exceptis. Sed cui bono servit hoc Senatus Consulium, si verum est, quod Wissembachius noster adfirmat, filiumfam. in foro Conscientiæ non esse tutum hoc utendo Senatus Consulto? si quod pecuniam servat, animam perdit? Nempe, si juris executionem impedire potuit Senatus, vim & obligationem justitiæ, quæ non patitur, alienum usurpare, vel cum injuria & damno alterius locupletari, tollere non potuit, *ait* vir Cl. *ad h. tit. n.* 32. In quam sententiam multa in utramque partem variasque distinctiones & auctoritates congessit Vir Amplisf. *Joh. Andreas vander Muelen Part.* 3. *de Jure Poli Qu.* 20. Obstat & inprimis argumentum *l. 10. h. t.* ubi naturalis obligatio manere dicitur, in Mutuo filiifamilias. Sed obligatione naturali Conscientiam teneri, plerique docent & Theologi & Jurisperiti. Amesius *lib. 5. De Conscient. c. 41. §.* 15. Bachovius *vol. 2. Disp. 10. th. 9.* Vinnius *ad §. 3 Inst. de Test. Ordin. n.* 8.

1. Ad hanc Censuram sic est ratio & responsio. Patrem sine dubio, & heredes filii familias salvâ conscientiâ negare posse talis mutui contra legem dati restitutionem. Quin & filiumfamilias ipsum recte videri negare solutionem in terminis hujus Senatus Consulti; quando Creditor malis adolescentum moribus præbuit materiam: quo casu filiusfamilias *non factus locupletior*, haud multo magis ad reddendum teneri videtur, quam furiosus ad gladium sibi datum amissumque reddendum obligatur, quo pertinet illud Plauti, notum ex *Trinum. Act. 1. sc. 1.*

Dedistin' hoc pacto ei gladium, qui se occideret?
Quid secus est, aut quid interest, dare te in manum
Argentum amanti homini adolescenti, animi impoti,
Qui exædificaret suam incohatam ignaviam?

Sic igitur filius in illa hypothesi, poenitens & non locupletior factus, pecuniâ scilicet, absumptâ adjutorem vesaniæ suæ Creditorem repellere posse videtur. Sed Pater & heredes, qui neque doli neque personalis obligationis vinculo tenentur, etiam sine illo respectu, beneficio legis probabili ratione constitutæ, quominus utantur, nihil obstare videtur. Nam quod ad argumentum obligationis Naturalis attinet, illam lege civili non posse mutari; distinguendum est, inter positiones Juris naturæ, quæ ad Patrimonium & bona pertinent, & tales, quæ intrinsecus ad turpitudinem aut honestatem moralem spectant, de quibus Euripidæum illud verum est, Τὸ μὴ καλὸν ὅποτ' ἔφυ καλὸν. *Quod turpe in sese est, id nunquam fiet honestum.* Sed de rebus pecuniariis, Lege tanquam sponsione Civitatis communi, jus crediti vel dominii ex probabili ratione publicæ utilitatis, mutari posse, non magis potest negari, quam toto Jure Civili certum & bonum est, sæpe nonnihil huic parti Juris naturæ, quod de suo cuique tribuendo agit, addi, vel demi, aut in eo mutari posse *l. 6. d. Just. & jur.* Quam rem plu-

pluribus executi sumus in *lib. 3. de Jure Civit. sect. 1. cap. 3.* & agetur hoc argumentum rursus ad *l. 1. d. SCto Vellej.* Cæterum, quatenus locupletior est pater, aut heredes filiifam. sic eos salvâ synceritate animi non posse recusare restitutionem ejus quod superest, & indemnitatem creditoris, statuendum est; Etsi Lex etiam hactenus fœneratorem filiofamilias alieno mutuum dantem, jure justeque mulctare potuit, ut videbimus ad *l. sequ.*

Ulpianus Lib. XXIX. ad Edictum.

Hoc senatusConsultum & ad filias quoque familiarum pertinet. Nec ad rem pertinet, si adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparasse. Nam & ei quoque, qui filio familias credidit, decreto amplissimi ordinis actio denegatur: nec interest, consumpti sint nummi, an extent in peculio. Multo igitur magis severitate Senatus-Consulti, ejus contractus improbabitur, qui filiæfamilias mutuum dedit. l. 9. §. 2. d. SCto Maced.

1. Iniqua videtur hæc sententia, per quam filius aut pater ejus ex alieno fiant locupletiores, quem esse dolum in re ipsa, dicendum ex *l. 36. d. V. O.* Ac ideo improbatam hujus loci sententiam judicio Senatus Parisiensis, pridie Idus Aprilis 1588. Autumnus in *Censurâ suâ* testatur. Nam si nummi crediti adhuc sint in peculio, quod Patris est proprium, & de quo Pater tenetur: si filiafamilias ornamenta comparata adhuc possideat, prædurum & injustum sit, Creditori omne remedium ad recuperandam pecuniam denegari. Numquid igitur dicemus, Actionem ex mutuo quidem non dari, propter severitatem Senatus-Consulti Macedoniani; sed condictionem sine causâ, pecuniæ vel mercium ex pecuniâ emptarum competere, exemplo Venditoris, qui cæteris creditoribus in mercibus à se emptis præferatur? Eâ de re laudatum Senatus Parisiensis decretum egisse videtur, ut ipse non obscure indicat Autumnus; de Venditore, inquam. Sed ut creditor pretii, agat & præferatur aliis creditoribus in mercem pro creditâ pecuniâ emptam, nullo modo concedendum est. Venditor enim jure dominii, fide non habitâ, præfertur; jure crediti; id est, cum fidem habuit, nequaquam, §. *Venditæ 41. I. de Rer. divis.* multò minus creditor, pretii, quo res empta fuit, aliis creditoribus præferetur. Quid ergo ad objectam hujus loci iniquitatem? Enimvero severitatem agnoscimus; Injustitiam non æquè. SenatusConsultum Macedonianum severè prohibuit mutuum filiorumfam. *Actionem petitionemque negavit* omnem Creditoribus, ad præcidendam scelerum materiam fœneratoribus. Huic denegatæ actioni consentaneum fuit, meliorem esse possidentis rationem: quod fit in omnibus causis Lege prohibitis; *in toto Tit. de condictione ob turp. vel injustam causam.* per injustam intellige Legibus prohibitam, ut jam diximus *in loco.* Qui dedit, Lege prohibente, non habet condictionem, habet quod sibi imputet. Hæc ita, si nulla ejusmodi causarum, quas habuimus inter exceptiones SenatusConsulti *ad l. præced. in pr.* Creditoris causam æquitatis ratione sublevet. In terminis Ulpianæi responsi justa Censuræ causa non probatur ab Autumno. De §. 1. hujus Legis, quem notat idem Censor, egimus *ad l. 14. d. Reb. Cred.* quia est παράλληλος.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XV.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Reprehenditur à nonnullis Tribonianus, quod cum servitutes ejus tempore valde fuerint detritæ, tam prolixe, tam subtiliter de peculio agentes Juris antiqui scriptores exhibere voluerit. Sed immerito, ut Bachovius etiam contra Treutlerum *in pr. ad b. t.* demonstrat, quia seculo sexto, quod est Justiniani, Servitutes adhuc erant in usu promiscuo; nec facile quicquam disputationibus & litigiis crebriorem, quam Servitutes, materiam præbuit; quibus nec ulla merx illis temporibus frequentior & ferè pretiosior extabat: ne dicam, de peculio filiorumfamilias in hoc libro pariter agi.

Ulpian. Lib. XXIV. ad Edict. & Celsus lib. VI. Digest.

Peculium dictum est, quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum. Peculium autem Tubero quidem sic definit, (ut Celsus libro sexto digestorum refert) quod servus, domini permissu, separatum à rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur. Definitio peculii quam Tubero exposuit, ut Labeo ait, ad vicariorum peculia non pertinet. Quod falsum est. Nam eo ipso, quòd dominus servo peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est, Quam Tuberonis sententiam & ipse Celsus probat. Et adjicit, pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse. Verum ante constitutum (id est ante furorem, vel à patre pupilli) non adimetur ex his causis, quæ sententia vera est. Et congruit cum eo, quod Marcellus apud Julianum notans adjicit, posse fieri, ut ex dominis servus peculium habeat apud alterum, apud alterum non, ut puta si alter ex dominis furiosus sit, vel pupillus, si, ut quidam (inquit,) putant,

tant, peculium servus habere non potest, nisi concedente domino. Ego autem puto non esse opus, concedi peculium à domino servum habere, sed non adimi, ut habeat. Alia causa est peculii liberæ administrationis: nam hæc specialiter concedenda est. l. 5. §. pen. & ult. l. 6. l. 7. pr. & §. 1. d. Pecul.

1. Primò, Falsa etymologia Peculii, cum sine dublo dictum sit à pecudibus; unde & pecunia, quod veterum opes in pecudibus consisterent; quarum aliquas domini servis diligentioribus quasi suas concedebant, ut operas partirentur & acuerent eorum industriam, cujus anima est *meum & tuum:* Etsi pecudes interim revera dominorum manerent in dominio, sed habebant servi usumfructum & administrationem, unde ex eorum contractibus domini tenebantur actione de peculio: & sperare poterant, se re bene gestâ libertatem cum peculio adepturos, ut frequenter usu veniebat. Ad hanc peculii orginem & etymologiam spectat Varro 1. *de Re Rust.* Tu, inquit, *tibicen non solum adimis domino pecus, sed etiam servis peculium, quibus domini dant, ut pascant.* Responsio tralatitia est, Juris-Consultis in more positum esse; ut olim Stoicis, in reddendis vocabulorum rationibus, ad rem potius, quam ad etymon grammaticum spectare. Ut cum Jus à Justitia esse dictum scribit idem hic Ulpianus *in l. 1. pr. d. Just. & J.* Testamentum, quasi testatio mentis, *pr. I. de Testam. ord.* Mutuum, quod ex meo fiat tuum *pr. I. d. Obl. quæ re contr.* Possessio quasi sedium positio *l. 1. d. Acquir. poss.* Denique, peculium, esse diminutivæ significationis indicare vult Ulpianus, hac quasi derivatione, separatum scilicet corpusculum à pecudibus & patrimonio domini.

2. Alia reprehensio Definitionis, quod sit angustior suo definito; Id enim est Peculium in genere, & definitio est de Peculio servi; cum filiusfamilias æquè habeat peculium §. 1. *Inst. per quas person. cuiq. acquir.* Unde Glossar. vetus Peculium definit, Κτῆσις τ̃ ἐν ἀλλοτρίᾳ ἐξουσίᾳ ὄντος; possessionem sive patrimonium ejus, qui est in alienâ potestate, τουτ' ἐστὶ δούλου, ἢ υἱοῦ; Addit, hoc est, *filiifamilias aut servi.* Idem est in *l. 182. d. V. S.* Et hanc speciem non negligi, usus hodierni interest, quo filiifamilias solius peculium superest: Nec enim id in usu esse desiit, ubi Patria potestas adhuc viget. Quomodo his diebus aditus sum à filiofamilias rustico, prioris matrimonii, cui à patre binubo decisum erat peculium in pecudibus, pro quibus agrum pascuum à me conducere cupiebat. Inde, si procederet, actio locati de peculio contra patrem nasci poterat. Hæc autem de solo profectitio, quod in Pandectis juxta castrense cognitum est, peculio datur, non de Adventitio, ut minus providè D. Wissembach *ad h. t. th. 6.* contra quàm demonstravimus in *Prælect. ad h. tit.* & ad *Inst. Tit. Quod cum eo qui in al. pot.* Ad Censuram, fatendum quod res est, Juris Consultum hic peculii definitionem strictius accepisse, quam definitum patet, eamque restrinxisse ad præcipui usus speciem: Verum ita, ut inde nulla confusio vel obscuritas oriri possit; cum in ipsis verbis καθ' ἐξοχὴν illam ὡς ἐν, palam expresserit.

3. Majus Censuræ molimen est Antonii Fabri, qui *l. 7. §. 1. à verbis. Et congruit*, à Triboniano esse putat: sed tam parvi usus res est, ut argumenta ejus ordine persequi non libeat. Demus paraphrasin §. 1. *l. 7.* & per illam occupemus

mus ejus objectiones breviter & tacitè: Pupillus vel furiosus per se peculium servo constituere non possunt, quia res est consilii & administrationis, quod aut quam non habent pupillus & furiosus; etsi quod pater pupilli, vel furiosus ante furorem constituit, peculium durat. Cui durationi congruum est, ut servus duorum communis, apud alerum ex dominis habere possit peculium, apud alterum non; ut si alter quidem ademerit ipsi peculium, alter dominus sit pupillus vel furiosus, qui adimere non potest. Huic rei non obstat, quod putant quidam, servum nec habere, nec quidem retinere posse peculium, nisi domino concedente. Verius enim est, quod ego puto, *Ulpianus*, non esse opus ad retinendum peculium, concessione domini; utcunque dici queat, in peculio non esse aliam rationem, quam in usufructu; qui adsiduo constitui videtur *l.* 1. *d. Usufr. Accresc.* & servus haud multo aliud in peculio juris, quam ususfructus instar habere videatur. Nec enim illa ratio facit in ipso usufructu, quominus semel constitutus à patre pupilli vel ante furorem, deinde continuetur, dum vivat fructuarius. Diversa ratio est in liberâ peculii administratione, quam servus à furioso aut pupillo in peculio antea constituto adipisci non potest; quoniam hæc sine speciali concessionis actu deferri non potest. Hæc, si, ut puto, textui conveniat expositio, quamobrem juridicè consistere non possit, cum rationes Fabri sic satis occupatæ sint, ego causam non video; nec si quis rationes Fabri conferre voluerit, reperiet quicquam non occupatum & refutatum. Etsi nihil in stylo & connexione mihi displicere, nolim adseverare; Verum si omnes ejusmodi textus à Triboniano confictos esse dicendum sit, longe plures quam Fabro visum, pro spuriis habendi fuerint. Utique, si res commodam recipiat interpretationem, contenti simus, oportet, hoc Catone Justinianæo, sive purè ex veteribus descripto, sive aliquando interpolato. Ut autem totus hic locus quasi è Marcelli notis ad Julianum excerptus, omnino sit fictitius; (nam juridicum esse probavimus) *Τίνα δοκεῖς πίνειν τάδε;* *Cui verisimile videatur?* Si majoris loci è veteribus discripti compendium aliquando minus concinnè factum esse contigerit à græcis professoribus, id à verisimilitudine usquequaque non abhorrere, nimis enixè contendere nolumus, & suum Lectori judicium, modo juridicos non minus quam criticos intorqueat aculeos, relinquimus, ut par est, liberum.

Ulpianus Lib. XXIX. ad Edictum.

Si ipse servus sese vulneravit, non debet hoc damnum deducere: non magis, quàm si se occiderit, vel præcipitaverit. Licet enim etiam servis naturaliter in suum corpus sævire. Sed si à se vulneratum servum dominus curaverit, sumptuum nomine debitorem eum domino puto effectum. Quemadmodum, si ægrum eum curasset, rem suam potius egisset. l. 9. §. 7. *d. Pecul.*

1. Huic loco, post alios, atrocem Censuræ notam nec sine magna ratione, quæ statim lectori in oculos incurrat, impressit Wissembachius noster, *in Comment. ad. h.t. th.* 11. Ulpianus, *inquit*, Auctor hujus *l.* 9. §. 7. sibi est contrarius

trarius (hoc nihil ad nos, qui antinomias non tractamus, sed graviora sequuntur) in *l. cum autem* 23. §. 3. *d. Ædil. Ed. Malus*, inquit, *creditus est servus, qui aliquid fecit, quo magis se rebus humanis extrahat, ut puta laqueum torsit, sive medicamentum pro veneno bibit, præcipitemve se ex alio miserit, aliudve quid fecerit, quo facto, speravit, mortem perventuram.* Hoc responsum, *addit* D. Wissembach; naturæ est consentaneum, societatemque humanam tuetur. Prius contrà, naturam ipsam destruit ac Reipubl. adfert perniciem. *Et mox.* Profecta sunt hæc è Præceptis Stoicorum, quorum disciplinà imbuti fuerunt Juris-Consulti nostri, Cujac. 26. *obs.* 40. Vide Senecam *Epist.* 69. Plinium 1. *epist.* 12. & 22. Lipsium 3. *Manud. ad Philos. Stoic. c.* 2. & *Cent.* 2. *epist.* 22. Verum longe aliter sacratissimæ religionis nostræ tabulæ præscribunt, nec non recta dictat ratio, *Genes.* 9. *v.* 5. *Exod.* 20. *v.* 13. *Deut.* 5. *v.* 23. *Matth.* 22. *v.* 39. Augustin. 1. *de Civit. Dei. c.* 20. & 26. Ames. 6. *de consc.* 31. *qu.* 6. Aristot. 5. *ad Nicom. ult.* Et moribus hodiernis, etsi quis nullius criminus metu, sed vitæ tædio fatum sibi properaverit, post mortem condemnatur, & cadaver furcæ appenditur. Gudelin. 5. *de jur. noviss. c.* 17. *in fin.* Grot. 2. *Manuduct.* 1. Damhouder *prax. crim. c.* 88. *n.* 6. Hæc Præceptor noster. Sed horum neque finis, neque dubium est quin salvâ ratione & religione aliter se habere nequeant.

2. Quare Censurâ satis notâ: Quæritur, an aliqua respondendi via sit, quâ hunc locum Eunomiæ conciliemus sine captione calumniâque. Veteres artis nostræ Eruditos de jure Autophoniæ fuisse persuasos, Stoicisque id ipsum profitentibus addictos fuisse, non potest negari. Aristoteles, ut in aliis, ita in hoc articulo à Stoicorum disciplina recessit, ut tamen nec ipse de eo quod *naturaliter* liceat, ab Ulpiano dissentiat; civiliter injustum esse contendit, sibi manus inferre. Ἀδικεῖ ἄρα ὁ σφάττων ἑαυτὸν, ἀλλὰ τίνα; τὴν πόλιν, αὐτὸν δ' οὔ. ἑκὼν γὰρ πάσχει. διὸ καὶ ἀτιμία πρόσεστι, τῷ ἑαυτὸν διαφθείραντι, ὡς τὴν πόλιν ἀδικοῦντι. *Facit igitur injuriam, qui se ipsum jugulat, sed cui? Civitati, non sibi; volens enim patitur. Propterea & ignominia additur se ipsum interficienti, ut qui injuriam infert Reipublicæ d. lib.* 5. *Ethic. C. ult.* Non esset igitur mirandum, si Ulpianus ab hac Stoicorum sententia non reperiretur alienus, si in servo statueret esse licitum, quod nobilissimi & præstantissimi Romanorum laudi gloriæque duxerunt. Nam quod idem ejusmodi servum dicit esse malum in objecta *l.* 23. quam Wissembachius huic loco repugnare putat, non eo pertinet, ut *mali* demonstratio, ad facti detestationem referatur; sed agitur ibi de servo redhibendo, tanquam *merce mala*; cum talis servus inutilis sit emptori, non de malo, moraliter.

2. Videndum ergo, non quid Ulpianus sentire potuerit, quid veteres pagani existimaverint. Sed, an hic etiam locus necessario contineat approbationem αὐτοχειρίας, ut communiter illum accipiunt, & simul Juris Auctores Justinianæos, negligentiæ aut impietatis insimulant, qui talem ad humani generis eversionem pertinentem sententiam in Pandectis reliquerint, contra solennem promissionem, Τὰ οὐκ ὀρθῶς κείμενα, quæ non bene se haberent, sublatum iri. *Antonius Faber* responsionem petit, ex eo, quod non procul ab Aristotelis ratione recedit; Interfectores sui, injuriam Reipubl. facere; cujus cum servi membra non sint, utpote, qui pro nullis habentur *l.* 32. *d. R. J.* & pro quadrupe-

Dddd dibus

dibus *l.* 2. *Ad L. Aquil.* eorum cædes ab ipsis admissas non pertinere ad Rempubl. Ideoque ut nemo negat, pecudibus non licere se ipsos lædere & occidere, sic idem de servis non posse videri prohibitum. *Non delinquit*, ait, *servus, qui se ipsum vulnerat, vel occidit, vel præcipitat: nec proinde fit debitor ex delicto, cum non delinquat: Nam & brutis animantibus idem licet, quibus nihil illicitum est, ad quod naturali motu deferantur.* Sed verendum, ne non hæc responsio subtilior sit, quam ut Censuræ tam gravi, qualem habuimus, satisfacere possit. Cum enim servus, ut docuimus alias, in ipso Jure Civili bifariam consideretur, vel ut est in commercio, quo sensu cum pecudibus comparatur, ut in Lege Aquilia; vel ut est membrum societatis humanæ, quo sensu Lex Cornelia in cædem servi non aliter quam liberi hominis animadvertit *l.* 23. §. 9. *ad L. Aquill.* §. 11. *Inst. de Leg. Aquil.* ex ejus legis ratione, factum semetipsum interficientis non habet rationem separatam, quominus etiam hoc respectu ut membrum generis humani consideretur. Denique, non fidens illâ ratione Faber, *Αὐτοφονίαν à sacrosanctis religionis nostræ moribus ac legibus adeo fatetur esse alienam; ut nec in servo, qui ad imaginem Dei Opt. Max. æquè ac liber homo, creatus est, toleranda sit.* Succumbit igitur Censuræ.

3. Quid si tamen ita dicamus? hoc loco non agi de approbatione Autophoniæ? Quod ut paradoxum lectori visum iri non dubito, sic an *παράλογον*, à ratione alienum sit, Videamus. Ante omnia Facti speciem explicemus oportet; Dominus actione de peculio conventus à servi Creditoribus, deducere potest de peculio, quod servus ipsi debet *l.* 5. §. 4. *h. t.* Is autem vulnere se debilitavit, & sic factus est deterior heri damno; qui hoc ut debitum è peculio deducere cupit, Negant creditores, & recte, ait Ulpianus; quia non est hoc debitum: servus enim hactenus non est obligatus Domino; mori enim & servus potest, *hoc supra omnem potentiam, certe extra omnem est*, ait Seneca *Epist.* 26. Proinde *licere naturaliter*, de licentiâ non juris, sed facti *statusque naturalis* accipiendum; ut hoc vocabulum sæpius usurpari jam probavimus *ad l.* 16. §. 4. *supr. de Minorib.* Hoc igitur ad probandam servi actionem non pertinet; Nec enim quicunque suo jure, id est, facultate sibi competente utitur, rectâ quoque ratione utitur. Qui res suas perdit, jus suum, non rationem rectam sequitur; malè agit, nulli tamen injuriam facit. Ergo nihil est hic, quo laudet servi facinus Ulpianus, sed domino causam debiti acquisitam negat. Hæc si quis aliquanto subtiliora putet, addat Papiniani, cujus Adsessor fuit Ulpianus, dictum, *in l.* 3. *in pr. d. Bon. eor. qui ant. sent. sibi mort. consciv.* facti sceleritatem ei, qui mortem sibi conscivit, adscribentis. Dix. *in part.* 2. *Digress. lib.* 1. *c.* 3. *n.* 6. Quæ plura nobis hac de re occurrent, suis locis reservabimus.

Ulpia-

Ulpianus Lib. xxix. ad Edictum.

Si hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent; vel habeant, non in solidum tamen: tenentur, qui eos habent in potestate, si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit: quasi cum ipsis potius contractum videatur. l. 1. in pr. d. Rem verso.

1. Quid hoc, quod Actio de in rem verso, specialiter è Contractibus eorum, qui sunt in aliena potestate, datur? An non omnes, ex eo quod de alieno in rem ipsorum versum fuerit, tenentur ex obligatione, quæ ex Re, id est, ex ipsâ naturali æquitate nascitur? Sic Grotius in *lib.* 3. *cap.* 30. *Introduct.* definit obligationem de in rem verso, uyt Baettreckinge / per quam aliquis sine prævià translatione juris utilitatem perciperet, ex alienis bonis. Et eod. capite *num* 48. rationi consentaneum est, inquit, ut quod ex meo in rem alterius conversum fuerit, mihi restituatur. Idem Celsus *in l.* 32 *de Reb. Cred. Pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam à te mihi reddi, bonum & æquum est*, inquit: Nec enim quisquam ex alieno locupletior esse debet *l.* 8. §. 22. *in fin. d. Transact.* Unde moribus hodiernis, Actionem de in rem verso produci ad conjuges, imò ad omnes hominum liberorum contractus, per quos alii sunt locupletiores, ex Schultzio & Hahnio observat Bekmannus *in Observ. Pract. ad h. tit.* Totâ igitur Justitiæ viâ aberrare videtur Jus Romanum, quod de in Rem verso, contra solum Patrem & Dominum agi posse docet, quasi adversus alios, hac causâ nullo modo agi possit; imo satis hoc disertè supponens, ut hanc esse Juris nostri sententiam non dubitetur. Sed ex adverso non dubitant, hunc inter Leges abrogatas articulum referre Censores *Bugnon. de LL. abrog. lib.* 2. *sect.* 124. referente Gronewegio *ad d. Grotii locum.* Qui nec ipse aliâ mente negotiorum gestorum, cum hac de in Rem verso Actione confundit, aut miscet *ad h. Tit.*

2. Sed ad removendam hanc Censuram, facit, quod bene Grotius in definitione prædictâ nasci docet obligationem de in rem verso promiscuam exinde quod aliquis est locupletior ex alieno, *sine præviâ juris in ipsum translatione*, quo pertinent omnia, quæ definitioni isti subjicit exempla, si heres sit locupletior ex maleficio defuncti; si quis indebitam ab aliis pecuniam accepit; Si pupilli & furiosi impensis pro illis factis aucti sunt; Si quis sine causâ, rem vel pecuniam alterius teneat; Si quis meam pecuniam mutuo acceperit, putans illam esse Titii pecuniam, quæ est species *d. l.* 32. *d. Reb. Cred.* Quando nostra pecunia immediate in rem alterius, sine nova juris in ipsum translatione, conversa est, tunc ille tenetur, etsi non per filium, sed per alium quemvis pecunia ad ipsum pervenerit. Sed actionis de in Rem verso, de quâ in hoc *Tit.* alia est ratio, cum in illâ duplex negotium vertatur; Unum inter Creditorem & filium familias; Alterum inter Filium & Patrem. Creditor dedit mutuum filio familias, hoc unum est negotium. Filius pecuniam impendit in rem patris, mandatu ejus aut ultro. Inde pater illi tenetur *ex mandato* & hoc alterum est nego-

gotium & nova juris in patrem translatio. Jam pone similem casum in extraneis; Tu dedisti pecuniam mutuam Sempronio, *est unum negotium:* quam hic mihi donavit, vel rursus mutuo dedit, aut in rem meam impendit, *est alterum:* Hic jus in me per actum peculiarem est translatum. Tu si agas contra me, dicam, me nihil egisse tecum Si replicas, ex tuo me esse locupletiorem, duplicabo, ex hac causa me Titio teneri, non tibi; cum nihil inter nos sit actum & gestum. Non est sane ex ejusmodi causa facultas agendi; Conjunctio potestatis Patriæ & Herilis cum filio & servo, hanc actionem singulari jure produxit. Extra quam ne quidem jure naturali ego tibi sum obligatus, ut jam diximus in *lib. 2. de Jur. Civit. sect. ult. cap. 5. n. 7.* Ejusmodi duplex negotium aut nova juris in alium translatio non fuit in casibus illis è Grotio suprà expositis. Nec tamen ab hac æquitate recedimus, quam *in Prælect. ad h. Tit. n. 2.* collocavimus; Te in superiori specie facti, si Titius solvendo non sit, utilem & subsidiariam videri actionem habere, quâ petas à me, quod Titius à me petere potuisset *arg. l. 2. d. Inst. act.*

Justinianus Augustus.

Itaque si ex decem, puta, aureis, quos servus tuus à Titio mutuo accepit, creditori suo quinque aureos solverit, reliquos verò quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes: pro cæteris verò quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet, apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi. Licet enim una sit actio, quâ de peculio, deque eo quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes §. 4. Inst. Quod cum eo qui in al. pot.

1. Locus non tam intricatus, quam in absurdum & aperte falsum desinens Quid enim hoc est? unam esse actionem, qua de peculio deque in rem verso agitur, duarum condemnationum? cum nihil clarius sit, quam utriusque terminos actionis esse diversissimos, & unam sine altera, non modo posse moveri, sed etiam cum altera plane cessat, alteram nihilominus sæpe moveri posse, quod docet Ulpianus in *l. 1. §. 1. h. t.* Quid enim clarius, quam si nihil sit in peculio, attamen in rem Patris aut Domini versum, nullam esse de peculio actionem; esse de in rem verso, & vice versâ in contrarium; Quid igitur Imperator in hoc loco? Audiamus Vinnium, post alios complures, *Hujus loci*, inquit, *hanc esse sententiam puto; non tantum singulis actionibus separatim aut de in rem verso, agi posse: Sed etiam conjunctim, ut simul utrumque caput una formulâ, ita ut proponitur, in judicium deducatur, eamque formam agendi esse commodissimam.* Intelligimus sane, conjunctionem harum actionum esse utilem & commodam; sed an inde formari potest hæc positio; quod una sit Actio de peculio & de in rem verso? Si quandoque fieri possit, ut diversæ actiones conjungantur, quod fieri posse, vidimus in *Prælect. ad Tit. de Edend* nulli tamen in mentem veniat, inde formare Thesin, quod una sit Actio, quæ sunt diversissimæ principiis suis & usu. Rei explicationem & usum conjunctionis facile Vinnius alii-

aliique Interpretes & nos ipsi dedimus *ad d.* §. 4. Sed Thesis inde formata reprehenditur, ut falsa & inepta. Nec absurditatis absolvi potest, si hanc positionem *licet una sit actio*, intelligas ut generalem, quemadmodum primo auditu se præbet. Accipienda videtur ut particularis, hoc modo; *Licet* aliquando fiat, ut *una sit actio*, id est, instar unius actionis, duas tamen habet condemnationes quatenus est in peculio, & quatenus in rem versum est; quas habere non posset diversas, si nec ipsæ actiones diversæ forent. Ita non formatur hic hujusmodi thesis, quam Censura supponit, *Una est Actio de in rem verso & de peculio*; Sed contrarium supponitur, *Actiones* equidem, ut est manifestum, *esse diversas*. Occupatur autem objectio; Sæpe fit, ut in unam agendi formulam conjungantur intentio de in Rem verso & de Peculio; quomodo igitur differunt? Respondetur; Etsi quandoque in unam actionem, sive intentionem compingantur, actiones tamen in se manent diversæ, ut indicat diversitas Condemnationum. Ita nihil in hoc loco absurdi inesse videtur. Usum rei non addo, facilem & obvium, & è Prælection. *ad d.* §. 4. facile colligendum.

Ulpianus Lib. XXIX. ad Edict.

Unde rectè dicitur: & si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam, & in horreo dominico reposuit, & hoc periit, vel corruptum est, vel arsit: videri versum. Sed &, si servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset: diceremus, esse actionem de in rem verso. l. 3. §. 7. & 8. d. In Rem verso.

1. Negat *Autumnus* id æquum esse, nisi talis fuerit servus, cui generalis administratio rerum, aut specialis cura familiæ commissa fuerit, quo casu è facto præpositionis suæ teneatur dominus aut pater: Ideoque sententiam Ulpiani fidenter usu adserit Autumnus explosam; quod merito negat Groenewegius *ad h.* §. 7. cum quilibet servus & filiusf. de in rem verso dominum & Patrem obliget, nec opus sit ad obligandum Patrem vel dominum præpositione speciali. Si crediti initium in causam justam non sufficiat, etsi casu fortuito non bene cesserit debitori, & hoc creditori imputandum sit, nemo alii credendum putaret, nihilque foret iniquius. Non opus est, ut pluribus id persequar. Tametsi de famulis nostris hominibus ingenuis, ad quos forte respicit Autumnus, cum ad usum provocat, etsi male contra Ulpianum, nihil ego quidem dissenserim; quin non aliter dominus teneatur, quam si famulus ei curæ sit præpositus, cum de in rem verso dominos, in quorum potestate non sunt, obligare non possint. Non obstare adhuc, quod habetur *in l.* 10. §. 6. *h. t.* ubi, *versum sic accipimus, ut duret versum*, diximus in *Prælect. ad Inst.* §. 3. *Quod cum eo, qui in alien. pot.* & respondet Wissembachius ad *h. Tit.* §. *ult.*

Alphenus Lib. 11. Digestor.

Quidam fundum colendum servo suo locavit, & boves ei dederat. Cum hi boves non essent idonei, jusserat eos veniri, & his nummis, qui recepti essent, alios reparari. Servus boves vendiderat; alios redemerat: nummos venditori non solverat: postea conturbaverat. Qui boves vendiderat, nummos à domino petebat actione de peculio, aut quod in rem domini versum esset: cum boves pro quibus pecunia peteretur, penes dominum essent. Respondit, non videri peculii quicquam esse, nisi si quid, deducto eo, quod servus domino debuisset, reliquum fieret. Illud sibi videri, boves quidem in rem domini versos esse: sed pro ea re solvisse tantum, quanti priores boves venissent: si quo amplioris pecunia posteriores boves essent, ejus oportere dominum condemnari. L. 16. d. in Rem verso.

1. Hoc Alpheni responsum, de facto satis perspicue & eleganter enarrato, *Autumnus* ait esse iniqvum & acerbum, & vetustate sublatum ex usu hominum, & opinione Juris Interpretum, quos inter Ulpianus aliter responderit in *l.* 5. §. *pen. d. Tribut. act.* ubi; *Sed si dedi mercem meam vendendam, & extat: videamus, ne iniquum sit, in tributum me vocari. Et si quidem in creditum ei abit, tributio locum habebit. Enimvero si non abiit: quia res venditæ non alias desinunt esse meæ, quamvis vendidero; nisi ære soluto, vel fidejussore dato, vel aliàs satisfacto: dicendum erit, vindicare me posse.* Prius ad hoc respondeamus; Alphenus sententiam dixit de his, quæ proposita sunt. Quæstio, de qua consultus est, non fuit alia quam super actione de peculio & de in rem verso conjunctis, ex instituto Justiniani *in* §. 4. *I. Quod cum eo qui al. pot.* de quo proximè egimus. Non fuit consultus, an Venditor boves apud Dominum adhuc extantes vindicare posset. Ad hoc sine dubio respondisset ita, ut juris est: Si venditor fidem non habuisset de pretio, dominium adhuc ipsius & vindicatio parata fuisset, quod ipsum docet Ulpianus in objectâ *l.* 5. §. *pen.* convenienter ei, quod Justinianus habet in §. *vendita vero* 41. *Inst. A. R. D.* Nec quidem dubitandum, quin Venditor habuerit fidem; alioqui sine dubio vindicasset boves directò. Frustra igitur Ulpianus opponitur Alpheno, speciebus facti diversis.

2. Nihilo magis obstat *Autumni* ratio, quæ sequitur; Non est verum, *inquit*, dominum pro bobus, quos habet salvos, tantum solvisse, quanti priores vænissent, cum pretium venditor non receperit, cui servus nummos non solverat: quasi hæc res penderet ab eo quod Venditor accepisset potius, quam ex eo, quod dominus servo præstitisset. Hoc enim in actione de Peculio & de in Rem Verso consideratur, quod Autumnus, etsi ab Alpheno indicatum, non intellexit. Servus qui *conturbaverat*, hoc est, dissipaverat peculium, & hoc, cui præpositus erat, perdiderat, nihil habebat in peculio, vel si boves illi in peculio fuerint, horum pretium debebat domino; qui proin de peculio conventus, deducere poterat, quod sibi debebatur, id est, hos ipsos boves, juxta definitionem actionis de peculio *l.* 5. §. 1. *d. Pecul.* Sic etiam, versi quidem erant in rem domini boves, quod urget Autumnus; sed actio de in rem verso

cessat,

cessat, quando versum non durat, hoc est, quando pater vel dominus servo aut filiosam. jam solvit *l.* 10. §. *Versum* 6. *d. in Rem verso.*

3. Succedit aliud Autumni argumentum; Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam, etsi tam pecunia, quam vestis perlit, dicendum erit, Dominum teneri *l.* 3. §. *ult. l.* 17. *d. In rem vers.* Multò magis igitur, ubi res extat, etsi culpâ servi perierint nummi ex venditione boum recepti, domini potius quam venditoris, ad quem nummi non pervenere, periculum erit. Hoc argumentum habet speciem, vim juris non habet: Pendet à sano intellectu hujus regulæ, *Versum sic accipimus, ut duret versum, d. l.* 10. § 6. Si vere quidem versum sit, at solutione vel præstatione reali solutum & satisfactum sit à domino, tunc minime durat versum, nec dominus conveniri potest de eo, quod jam solvit aut præstitit servo. Quod si creditum sit in rem domini, sed casu fortuito cum effectu in rem ejus versum non sit, ac eo modo non duret versum, ut si frumentum ad alendam familiam emptum arserit aut corruptum sit, hoc casu dominus tamen de in rem verso tenetur *l.* 3. §. 7. *d. in Rem vers.* Ita hæc Autumni ratio labitur.

4. Ultimum quod adducit, est ex Accursio, melius quam de suo quod deprompsit. *Stultus,* ait Accursius, *fuit hic venditor, qui dominum actione Quod Jussu non convenerit, quâ poterat consequi totum, non obstantibus exceptionibus, quæ hic allegantur.* Nec ita multum abesse videtur, quin stultus fuerit Alphenus, cui in mentem non venerit hujus actionis remedium. Ad actionem enim Quod Jussu sufficit, dominum jussisse, quod hic fecerat, etsi nihil sit in peculio, vel in rem versum, ut est *in Tit. sequ.* Addit Autumnus appositè; Cum formulæ actionum sublatæ sint, actiones, ut in factum, instituantur hodie, Legem Alfeni inutilem esse, dubitari non potest, *inquit.* Nam si verum est, ex natura negotii Actionem Quod jussu dari, Judex propositâ negotii narratione eandem rationem dare debet, etsi nomen actionis in specie non fuerit expressum. Quod est verum ex usu hodierno, si negotium simpliciter sit enarratum; non æque, si actio certa, quæ usu non venit, perperam instituta sit, quemadmodum hic à venditore factum erat. Igitur ad Accursii objectionem ita respondemus: Actori non videri constitisse de Jussu, nec eum potuisse probari; cum alioqui verisimile non sit, in mentem illi non fuisse venturum, aut patronis ejus, tam expeditum remedium. Alfenus autem aliter quam secundum ea, quæ de facto proponerentur, consulere non potuit. Idem ad Autumni observationem practicam tenendum.

5. Quo autem aliquanto propius hæc res usui nostro admoveatur, ponendus est casus, non servi, sed coloni ingenui, nostro nomine jussuque agrum colentis, cui equos aut boves dedit Dominus; Et cum minus idonei essent, hic jussu domini jumenta vel pecudes vendidit, aliosque redemit equos, aut vaccas, ut fert usus agriculturæ. Sed pretium, quod ex animalibus venditis redegerat non solvit huic novo venditori; Suppressit & dissipavit omnemque suam administrationem conturbavit. Agrum dereliquit, dominus occupat animalia & omne rusticum instrumentum. An venditor adversus eum agere non poterit ad pretium petendum? Non est dubium, quin possit, non de in rem verso

ſo actione, multo minus de peculio, quæ nunc penitus ceſſat actio, ſed ad exemplum Inſtitoriæ actionis, cui hoc ſpecimen eſt ſimillimum, ſi non prorſus idem per *l.* 3. *d. Inſtit. act.* ubi, *Cuilibet negotiationi l.* 19. *in pr. eod. l.* 13. §. 25. *d. Action. Empt.* Hanc ſcil: Inſtitoriam quod non potius, præ Quod Juſſu, inſtituerit venditor, id arguerem ſtultitiæ magis, quam quod Accurſius notavit; quia Quod juſſu actio, requirit ſpeciale factum Juſſionis, quod difficilioris eſt probationis, quam univerſa præpoſitio Agriculturæ. Niſi hoc intereſt reverâ; In ſpecie hujus Legis vix eſt, ut Inſtitoriæ utili fuiſſet locus, quia fundus ſervo fuit locatus: quo caſu nec hodie utilis inſtitoria daretur; Quia conductor ſuum, non locatoris negotium gerit in univerſum; ſecus ac colonus famulus, quem noſtri vocant, **een zetmeyer.** Rurſus ergo quæritur; Dominus conductori colono jubet equos à ſe datos ad opus ruſticum inutiles vendere, & alios, ut hic eſt caſus, redimere. Fecit hoc; Venditor illi fidem habuit de pretio. Dein colonus conturbavit, & non ſolvendo cum eſſet, fundum dereliquit: dominus equos occupavit. Venditor equos vindicare non poteſt, quia fidem habuit, & eſt creditor; hoc autem jure non poteſt præferri domino fundi. Sed agit Quod Juſſu, quem probat ſpecialiter interveniſſe. An actio quod Juſſu locum habebit, ex facto coloni ingenui & conductoris? Quæſitu digna res, decidenda per ea, quæ paulo inferius ad *l.* 1. *Quod Juſſu* dicemus, è quibus ita diſtinguendum; Si colonus juſſum præ ſe tulerit, & vi juſſionis ejus contraxerit, eaque probari poſſit, actio duntaxat utilis contra jubentem datur. Si vero juſſum præ ſe non tulerit, verum ſimpliciter & ſuo nomine contraxerit, etſi alter juſſum probare poſſit, tamen actio contra dominum è contractu Coloni non datur.

Scævola Lib. v. Digeſtor.

Filiamfamilias (quis) duxit uxorem, patre dotem promittente. Et convenit inter omnes perſonas, uti eam pater, aut ipſa ſe tueretur. Maritus ei mutuos nummos dedit, cum juſtè putaret, patrem ejus miniſtraturum tantum ſalarium, quantum dare filiæ ſuæ inſtituerat. Eos nummos illa in uſus neceſſarios ſibi, & in ſervos, quos ſecum habebat, conſumpſit: aliquantum &, cum ei res familiares creditæ eſſent, ex pecunia mariti in eaſdem cauſas convertit. Deinde prius, quam pater ſalarium expleret, moritur filia, pater impenſam recuſat. Maritus res mulieris retinet. Quæro, an de in rem verſo adverſus patrem actio competat. Reſpondit, ſi ad ea, id quod creditum eſt, erogatum eſſet, ſine quibus aut ſe tueri, aut ſervos paternos exhibere non poſſet, dandam de in rem verſo utilem actionem. L. ult. d. in Rem verſo.

1. Hic textus, rei familiaris inter conjuges imaginem apud Romanos exhibet, qui ſeparatis inter ſe bonis, alter alteri, quaſi extranei videbantur, quibus hodierni mores non paulo meliores ſunt, ut Cenlet Groenewegius *ad h. l. ult.* Videamus, quid hujus rei in hac Lege ſit; Primo, Virum alere & exhibere, id eſt, tueri uxorem debuiſſe liquet, niſi pactis dotalibus conveniſſet, ut ipſa ſe,

se, vel pater ipsam tueretur. Dein, Maritos in arbitrio habuisse, rei familiaris administrationem eis credere vellent, an secus; & cum hoc facerent, id de mariti solius pecuniâ illas facere solitas fuisse. Si quid illis mutuo darent mariti, id ab ipsis, vel à parentibus, si tutelam filiarum nuptarum in se recepissent, recuperare potuisse. Denique, nullam inter conjuges societatem fuisse, nec ipsarum sortium, nec redituum, lucrorum aut detrimentorum. Quod ipsum ex eâdem specie facti traditum fuit *in l.* 20. *proxime praecedente pr. h. t.* idque primum Antonio Fabro Censuræ argumentum est, quod Tribonianus, qui à Justiniano mandatum acceperat, idque à se impletum gloriatur *in Const. de Confirm. Digest.* ne qua *similia*, non magis quam contraria Pandectarum excerptis insereret, hoc modo passim neglexerit, sed etiam in eodem titulo, locis immediate consequentibus, tam notabiliter violaverit præceptum Imperatoris: oscitantiæ scilicet, incomparabilis argumento! Bona verba! Ne simus adeo severi in exigendis operis, à scriptoribus in præfationibus operum suorum condictis. Ne solum putes Auctorum fuisse Tribonianum, qui plus speraverit, quam præstare potuerit. Sed in hoc ego ne quidem similitudine lapsum fuisse memoriâ, credo: Locorum vicinia, credere vetat. Sed primus locus in *in l.* 19. rem summatim collocat, hic vero fusius explicat, & hæc repetitionis causa justa satis est, ne reprehensionem mereri videatur.

2. Quod attinet ad comparationem status matrimonialis antiqui & recentioris, hæc res ex eorum numero est, quæ à duobus lateribus adspici possunt. Arctitudinem societatis conjugalis, quæ consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicationem adfert *l.* 1. *d. Rit. Nupt.* non abhorrere à communione bonorum, imo hanc ei bene sedere, non potest negari; ipsisque Romanis eâ non utentibus, adeo laudata & præclara fuit, ut Martiali Poëtæ minus hyperbolico, expresserit hos satis notos versiculos, *lib.* 4. *epigram. ad Nigrinam.*

Te patrios miscere juvat cum Conjuge census,
Gaudentem socio participemque Viro.
Arserit Euadne flammis injecta mariti,
Nec minus Alcestim fama sub astra ferat.
Tu melius certè meruisti pignore vitæ,
Ut tibi non esset morte probandus amor.

Quam non usu pulchrum fuerit, uxorem se ipsam de suo tueri, rem familiarem ut alienam curare; quam minus hoc utile communibus liberis fuerit, intelligi ex eo potest, quod ubi hodie talis separatio viget in familiis, non modo deforme, sed etiam discors matrimonium, & perversum regimen domesticum esse atque haberi solet. Videtur etiam effectus inde fuisse additus, & aucta res ad usum veteris proverbii, Romanis celebrati matronis; *Ubi tu Cajus, Ego Caja,* Plutarcho *in apophth. Rom.* memorati: Cum enim mulier suum sola patrimonium regeret, à viro independenter, non poterat fieri, quin regnaret in divitiis suis, idque potentius quam si dotis freno subactum haberet maritum. Si vellet, aliquâ parte molestiæ se liberare, bonorum regimen illi pro parte permittebat; ubi vellet, iterum auferebat *l.* 8. *C. de Pact. Convent. super dot.*

3. Ad hæc ut respondeatur, sciendum, uxores olim nupsisse, vel per conventionem in manum mariti, vel per usurpationem. Priore modo Vir omnium uxoris rerum dominus fiebat. Hæc acquisitio & conventio in manum bifariàm fiebat, per coëmptionem, aut per usucapionem. Coëmptio fiebat per æs & libram, quemadmodum Arrogator emebat liberos, ut Augustus emit Cajum & Lucium à Patre Agrippa, *apud Suetonium*, ut testis est de nuptiali emptione Servius ad Virgilii versum 1. *Georg.*

Teque sibi generum Thetys emat omnibus undis,

sicut habemus in Jure, addit Servius. Addebatur huic emptionis ritui, maximè in flaminibus, panis farreus; unde & *Confarreatio* dicta hæc in manum conventio. Altera species erat, per usucapionem annalem, quia, sicut aliarum rerum mobilium, sic etiam uxoris cum rebus suis dominium acquirebatur, ex Lege XII. Tabularum, anno. Quod si mulier ita nollet usucapi, nec esse in manu Viri cum bonis suis, usurpare se ipsam poterat, hoc est, interrumpere usucapionem annalem, secessu tridui ante finem anni, quo à Viro secubabat, ac alibi pernoctabat, ex eâdem Lege XII. tabularum, teste *Gellio lib.* 3. *noct. Att. cap.* 2. quemadmodum seorsim ab aliis Antiquariorum & à Brissonio probavimus in *part.* 2. *Digress. c.* 17. *n.* 4. 5. 6. Hoc Matrimonium per Usurpationem placuit posteritati, & desueto coemtionis & usucapionis omnique jure Conventionis in manum Viri, matronæ omnes absque usurpationis necessitate, sui juris, & personæ & bonorum respectu, habitæ sunt, quemadmodum alio sensu, aliàve toto Jure Justinianæo facultate cognitæ non sunt; Nec erraverit forte, qui formulam *Ubi tu Cajus, ego Caja*, putet usurpatam fuisse à novis matronis, quibus non erat animus, in manum convenire, sed usurpare seipsas.

4. Quemadmodum igitur usurpatioue mulieres se suasque res omni juri maritali eximebant, ita deinceps in universum omnes sui juris, rerumque suarum Dominæ & Arbitræ, cum status usurpationis ordinarius esset, fieri & esse debuerunt, exceptis dotibus, quæ Virorum propriæ, sub onere restituendi, factæ sunt, & si quid de reliquis femina, Virorum curæ tradendum putarent *d. l.* 8. Sicut autem hæc res, potentiæ mulierum contra viros incrementum addebat, ita non deest, quod in illo instituto, pro Viris, contra mulieres, observare licet. Nam si verum est, sicut est, quod dicitur, Eum qui socium babet, herum habere; quia sine alterius consensu nihil in re communi facere potest, si rursus est verum, ut res & jura docent, Communionem esse matrem discordiæ, & æqualitatem facere pugnam, ἡ ἰσοτιμία μάχην ποιεῖ, ut Chrysostomus; non potest negari, quin sublata communio bonorum inter Conjuges, domesticum Viri imperium stabiliverit, uxore nihil in re familiari juris habente, quam ut officia & obsequium Viro præstaret, à quo alebatur & exhibebatur; nisi id oneris ipsa vel pater ejus, ut in hac L. factum, in se reciperent. Quemadmodum & illud fuit ingens & salutare commodum in hoc instituto; quod Viri potestatem non habent, uxorum patrimonia effundendi, ut toties hodie fit, ubi societas bonorum, quicquid habent matronæ, maritorum arbitrio permittit, summo tam privatæ quam publicæ utilitatis damno: in cujus parte notabili semper habita sunt mulierum bona nuptarum *L.* 1. *d. Solut. matrim.* Concludi

cludimus igitur hanc disputationem verbis Imperatorum Theodosii & Valentiniani. *Quamvis*, ajunt, *bonum erat, mulierem, quæ se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari: Attamen quoniam Conditores Legum Æquitatis convenit esse fautores, nullo modo, prohibente muliere, Virum in parapbernis se volumus immiscere l. 8. C. de pact. conv. sup. dot.* Sunt rationes non spernendæ pro utroque instituto, tam Separationis quam Societatis bonorum Conjugalis universæ: Quarum comparatio facit, ut mediam præferamus sententiam & consuetudinem, quæ salvâ utrique conjugi Patrimoniorum substantiâ, reditus, lucra, damna ipso jure communia facit, quod jus cum in Patriâ nostrâ tum in aliis nostri seculi populis observatur. Præ quo mos ercifcundi Romanus nimis rigidus, & Communio universa nimis effusa videtur. Illam omnium fere gentium hodierni mores improbant; hanc etiam quicquid est hominum prudentiorum in populis, qui infinitam inter Conjuges bonorum communionem receperunt, hoc ipso vituperat; quod pactis dotalibus non cessant mediam insistere viam, & sancire communionem, salva sorte, redituum, lucrorum & detrimentorum. Jus Romamanum à Censurâ tutum est: Nam rationes pro Communione sunt probabiles duntaxat & suasoriæ; Quæ cuique suum adferunt patrimonium, sunt juris perfecti & Justitiæ expletricis, quæ suum cuique Tribuendum esse maximâ sanctissimâque voce præcipit & inculcat.

Ulpianus Lib. XXIX. ad Edict.

Merito ex jussu Domini, in solidum, adversus eum judicium datur. Nam quodammodo cum eo contrabitur, qui jubet l. 1. pr. Quod Jussu.

1. Actio Quod Jussu est ex iis, quæ dantur adversus Dominum vel Patrem, è contractu servi vel filiifamilias, illorum jussu, inito *h. l. 1. l. ult. in pr. h. t.* Proinde, si quis sui juris homo Tecum jussu alterius contraxerit, tu contra jubentem non habes actionem; Est enim regula, quod alius per alium non obligatur, nisi per eos qui sunt in potestate suâ §. 4. *Inst. de Inutil. stipul.* adeo, ut ne quidem inter Mandatorem & eum qui cum mandante contraxit, invicem actio nascatur, nisi mediante cessione *l.* 49. §. *ult. d. Acquir. Poss.* Quæ res perverse comparata, & iniqua vel hac ratione videtur, quæ est in hoc textu, quod cum eo *qui jubet, ipso, quodammodo contrabatur.* Unde Pragmatici Æquitatis laudatores non dubitant, quin hodie inter Jubentem & eum qui cum Jussionario contraxit, utilis actio Quod Jussu, vel ex eo qui celebratus est, Contractu detur, ut Bekmannus ex Oldendorpio & Hahnio tradit *in observ. Pract. ad b. Tit.* Quod dubium habere non videtur, si Jussionarius in ea qualitate, vi Jussionis cum aliquo contraxerit: id quod bifariam fit; primo sic, ut habetur *in l. ult. pr. h. t.* Si quis Mutuum accepturus jusserit alii, nomine jubentis accepturo, pecuniam numerari. Tunc enim interpositus ille, magis ut minister & instrumentum, quam persona contrahens, adspicitur. Ideoque nec ipsius actionis quod jussu termini tunc adesse judicantur, sed ipse jubens unicus est contrahens. Alter modus, quo jubens tenetur, est; Quando jussionarius ipse contraxit

traxit, attamen jussum præferens & nomine jubentis; Quo casu utilis actio contra jubentem datur *L. Julianus* 13. §. *si procurator.* 25. *d. Action. Empt.* Ubi de mandato quidem agitur; sed, etsi aliquod ejus à jussu discrimen sit, quod hoc vocabulum majorem in jubente potestatem supponat, hac in parte tamen eadem utriusque ratio est. *l.* 1. §. 3. *h.* cum & Ratihabitio tandundem valeat ac jussus ad hunc effectum *l.* 1. §. 6. Verum enimvero, si is qui Jussum habet ab alio, simpliciter contraxerit, non ut jussus; etsi Tertius contrahens jussum probare possit, tamen adversus jubentem non videtur habere actionem; nisi inde, sine alio actu juris acquisiti, locupletior sit factus; quia verum est, è contractu non nasci obligationem, nisi inter contrahentes, nec alium ex alterius contractu, inquam, agere vel conveniri posse, nisi Casibus exceptis, Exercitoriæ, Institoriæ, Quod jussu, de in Rem verso, quos habuimus. Nec id moribus hodiernis aliter obtinere putem. Quid enim? Jussi Titio vel mandavi, ut aliquid emeret, vel mutuam sumeret pecuniam. Titius emit vel mutuum sumpsit, à Te, non meo nomine, sed ut pro se. Si pecunia ad me pervenerit, bene est, Ego re sum obligatus, quia directè sum locupletior ex tuo. Sed pone, pecuniam vel rem ad me non pervenisse; Tu me convenis. Ego, nihil tecum egi, inquam; *Tu*, sed jussisti, & ex Jussu teneris. *Ego*, Imo jussus est actus inter me & Titium. Contractus è quo tu agis est inter Titium & te. De Jussu igitur est Actio inter me & Titium. De Contractu inter Te & Titium. Hæc misceri non debent, neque possunt, hodie non magis quam olim.



EUNO-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XVI.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus Lib. xxx. ad Edictum.



Ellejano Senatusconsulto plenissimè comprehensum est, ne pro nullo feminæ intercederent. Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis, & pleraque ipso jure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris l. 1. pr. & §. 1. Ad Senatusc. Vellei.

1. Mulier, tam quæ pro alio se obligavit fidejubens, quam obligationem alienam in se recipiens, aut mutuam pecuniam in alienos usus accipiens, non obligatur, nec actio petitioque adversus eam datur, etsi naturaliter non minus obligatur, quam filiusfam. ex SCto Macedoniano *l.* 10. *ad SC. Macedon.* Quid autem? an jus Civile tollere potest obligationem naturalem, mulieremque solvere lege sanctissimâ generis humani, sancita divinitus, *Serva fidem, quam dedisti?* idque rationibus tam frivolis, quam sunt, quæ in hac *lege* 1. proferuntur? Quid enim hoc? Mulier intercedere pro aliis non potest, quia moribus ab Officiis civilibus removetur. Estne Fidejussio officium civile, quod idem cum publico habetur. *l.* 2. *pr. d. R. I?* Contractus inter privatos, & privatis è causis initus ineptè Civilibus officiis accenseri videtur. Minus ad rem pertinet altera ratio, de periculo rei familiaris; quasi iniquum esset, feminas suo facto suâque voluntate subire periculum aliquod rei patrimonialis. Quibus aliisque ratio-

rationibus factum, ut Senatus-Consultum Vellejanum in Galliâ regiis Constitutionibus, ut mox indicabitur, sit abrogatum.

2. Denique, sic communiter tradunt; *Cardinem Quæstionis*, de usu licito hujus Senatus-Consulti, *in eo consistere, utrum ex tali contractu obligetur naturaliter*, an secus, Mulier. *Quod si naturalis eam teneat obligatio, utique & in Conscientiâ devinctam eam dicere convenit. Cum igitur hæc naturalis obligatio oriatur ex Consensu, soli Deo cognito, dicendum videtur, mulierem in foro conscientiæ obligatam esse; si mulier, & is, qui cum ea contraxit, revera purum ac firmum consensum præstiterint, nec interfuerit fraus aut læsio tam intolerabilis, vel considerabilis, quæ, si à contrahentibus cognita fuisset, eorum consensum removisset. Secus, si mulier vel reverâ non consensit, vel consensit, sed læsionem tulit, quam non intelligebat, tempore contractus; adeo ut illum contractum initura non fuisset, si de tali læsione cogitasset, tunc certe in foro Conscientiæ obligari non potest; cum eo casu ejus Consensus cessaret: & per consequens etiam obligatio naturalis abfuisset*; hæc verba sunt Ampl. Viri. Joh. Vander Muelen. *part*. 3. *de Jure Poli. c.* 23. quæ de omnibus mulierum contractibus civili ratione invalidis intelligit. Ex quibus apparet, Virum Ampl. SenatusConsulti Vellejani usum, etsi aliquo sensu licitum, ut tamen jure Romano constitutus est, plerumque illicitum, & Juri Conscientiæ adversum, quod ad mulieres attinet ipsas, arbitrari. Idemque Amesius, & alii superius *ad L.* 1. *d. SC. Macedon.* adducti statuunt. Atqui Senatus Romani fuisse mentem, ut Obligatio intercessionis omnino cessaret, etsi firmum & purum mulier consensum adhibuerit, nec alia deinde læsio, quam ex communi sponsionis periculo facile prævideri potuit, emerserit, è verbis SenatusConsulti in *l.* 2. §. 1. *& tit. h. t.* palam est: nominatim è casibus, quibus Juris auctores cessare volunt SenatusConsultum; si pecuniam pro intercessione acceperit; si dolus mulieris intervenerit: quo pertinet, si pro alio se intercedere dissimulaverit, idque tamen egerit, & paucis aliis casibus ad favorem quarundam causarum pertinentibus, de quibus in *Prælect. & Posit. ad h. tit.* latius actum. Sed ut inter eos casus sit is, quem diximus, si purum & firmum mulier consensum adhibuit, tantum abest, ut ille sensus in terminis SenatusConsulti maxime, intelligatur. Si enim non sit purus & firmus mulieris consensus, vix est ut mulier extraordinario Senatus beneficio indigere videtur.

3. Nos ad Censuram, bifariam respondemus. Primo, justam satis causam fuisse, cur Magistratus Romani inde jam olim de mulierum obligationibus intercessoriis, jus dicendum non putaverint, quod Edictis Augusti & Claudii approbatum vel introductum *l.* 2. *in pr.* dein hoc SenatusConsulto plenius confirmatum est. Nam quod de honestate publica, ne mulieres sexus verecundiam, ingerendo se Virorum defensionibus, spondendo & intercedendo pro illis, excederent, profertur à Juris auctoribus, de nihilo esse videri non potest qui pudorem & secretum mulieribus enixe moribus gentium & literis sacris commendari noverit. Nec rei familiaris periculum in sexu imbecilliore spernendum; quia cum satis constet, omniumque dictis populorum sit decantatum fidejubendi periculum; quod Apollo Delphicus omnium primo se adeuntibus inculcabat, & de quo Salomo rex sapientissimus dehortando tam valide locutus est

Pro-

Proverb. c. 6. 1. 2. ut multis improbasse visus sit fidejusfiones; hoc in mulieribus saltem prohiberi, quarum animus maximè in lubrico est, ut Seneca, non potest à ratione alienum, vel è Republ. non videri; quando ut donandi tenaces in præsenti, ita subveniendi aliis, ubi nihil erogandum, faciles, crebris olim experimentis repertæ sunt. Major igitur & justior prohibendi mulierum intercessiones causa fuisse videtur Augusto, quam Henrico IV. tollendi in Galliâ SenatusConsulti Vellejani, ut eum fecisse testatur Autumnus, Edicto anni MDCVII. & Mornacius *ad h. t. & ad l. ult. D. de Jur. & fact. ignor.* Bene igitur Legislator Romanus.

2. Altera Censuræ consideratio est in usu hujus Senatus Consulti; quam si mulieribus, salva animi sui Conscientiâ, nisi casibus à D. vander Muelen expositis, adhibere non liceat, metuendum est, ne magna pars Juris, medicina quidem patrimoniis, sed toxicum sit animabus. Existimo, si mulier importunis amicorum precibus, facilitate sexus, miseratione hominum in angustiis rerum suarum deprehensorum, reverentia mariti aut aliorum adducta, firmum & purum adhibuerit consensum intercessionis, posse illam uti pœnitentiæ facultate, quam Lex ei impertitur; modo absit omnis ipsius dolus & fallendi propositum, addam, intentio valida & enixa sucurrendi amicis, etiam cum periculo suo, fere quemadmodum in *Prælect. ad h. t. in fine* constituimus. Et ignosci velim, quod in locum de obligatione naturali, hic non excurro prolixius, quem novissime pleniore manu executi sumus in lib. 3. de Jure Civit. *sect. 1. c. 3.* ubi *de Obligatione Conscientiæ ex Legibus.*

Ulpianus lib. xxix. ad Edictum.

Si mulier post intercessionem sic solverit, ne repetere possit justè prior debitor actionem recusat. Sed cum relevatur reus, si mulier sic solvit, ut repetere non possit: & cum ei mulieri, quæ repetere non poterat, si solvisset; accepto tulit creditor, similiter relevatur reus. l. 8. §. 10. Ad Sc. Vellej.

1. Adversus hunc locum ut à Triboniano in gratiam sexus muliebris, qui regnabat in Aulâ Justiniani, corruptum & rationi contrarium prolixe & argutè disputat Antonius Faber in *lib. 8. conject. c. 2.* Cujus refutationem molestam & intricatam, si poterimus, expositione idoneâ occupare conabimur. Mulier apud Primum pro Secundo intervenit & mox pro Primo apud Tertium creditorem ejus; Ulpianus hac de re simpliciter ait, esse duas intercessiones, utramque effectu carentem propter Senatus-Consultum Vellejanum. Sed Marcellus ita distinguit. Aut mulier apud Tertium simpliciter intercessit, aut *quasi debitrix*, ob priorem intercessionem. Hanc distinctionem *applicat:* Si quasi debitrix delegata sit, una est intercessio nempe prior, hæc posterior tum pro intercessione prohibitâ non habetur, quia tum mulier in rem suam intercedere videtur (non expresso videlicet, quod *ex intercessione* priore debitrix esset) Si intercessit simpliciter, duæ sunt intercessiones. Hoc posterius membrum distinctionis non applicat, sed intelligendum præbet Juris-consultus. Ideo mox eum

ca-

casum, quo mulier quasi debitrix intervenit, vocat *primam* visionem, ut est verè in nostrâ expositione, cum secundum verba, Legis, ille casus sit secundus, unde crisis Glossæ & Fabri. Sed quia Ulpianus secundum casum calamo pressum, in conspectu animi habuit, ex naturâ negotii potius, quam ordine verborum, casum expressum vocavit *primum*, quia sequi debebat alter. Proinde, si quasi debitrix apud Tertium intercessit, non daret Marcellus exceptionem mulieri, quia nec Vellejus succurrit mulieribus in rem suam intervenientibus, quod hæc mulier præ se tulit *l.* 3. *l.* 8. §. 13 *h.* Attamen quia verè intercessit idque primus, cui profuit intercessio, bene scivit, adversus illum habet regressum, ut est in *fine* §. repetendo quod solvit ex secundâ intercessione, si damnata sit, ut debuit; vel ante condemnationem, condicendo liberationem, id est, petendo, ut Primus ipsam liberaret. Si quis hoc modo facti speciem cum textu & ratione conferat ac conciliet, illum ad Fabri argumenta non difficulter responsurum existimo. De *visionis* verbo quod dicit esse notam Tribonianismi diximus alias, Brissonio & Antonio Augustino, eximiis Latinitatis censoribus, satis Latinum illud vocabulum pro illius ævi ratione videri.

Pomponius Lib. 1. Senatus Consultor.

Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest: cavere debebit, exceptione se non usuram: & sic ad judicem ire. l. ult. §. pen. de SCto Vellej.

1. Ex hoc textu Communis opinio fluxit, Mulierem uti non posse Vellejano SCto, si beneficio ejus renuntiaverit, addito argumento *l.* 40. *in pr. d. Condict. Indeb.* unde ratio differentiæ peti solet, cur filiusfamilias SCto Macedoniano renuntiare nequeat; secus ac mulier de Vellejano possit, quia hoc in favorem sexus, illud in odium Creditorum sit constitutum. Sed hoc jus non immerito Anton. Faber, ad *h. l.* ut à ratione jurisque Civilis connexione alienum arbitratur, sequutus in eo Bartolum aliosque non spernendos auctores, qui absurdum existimant, mulierum intercessiones reddere nullas; & simul illis dare facultatem abjiciendi sanctionem legis, eâque incassum prohibente, fidejussiones & intercessiones committere validas, cum satis constet, quâ facilitate intercedunt, eâdem renuntiare solere mulieres. Distinguunt igitur inter Renuntiationes inde ab initio juxta intercessionem factas, & quæ postea sunt interpositæ; de tali hunc locum esse intelligendum, non de eâ, quæ fit ab initio; quam revera Censurâ dignam fore non dubitant illi Auctores.

2. Sed, etsi rationes illæ spernendæ non sint, à Communi tamen sententiâ cur recedendum sit, persuadendo non sufficiunt; In contrarium rationes modo relatæ prævalent, ne diutius quæstioni vulgatæ inhæreamus. Ad Censuram, responsio peti potest ex eo, quod ad locum præcedentem diximus; Si mulieres animo ad intercedendum acriter inducto & enixe determinato progressæ fuerint, non esse iis integrum, salvâ conscientiâ, uti Vellejano. Neque tam lex

lex omisit illam limitationem, quia minus eam probat, quam quia præsumptio est pro imprudentiâ & facilitate sexus. Quod si evidenter constet, mulierem nolle SenatusConsulto se tueri, tametsi nihil expresserit, hoc ipso tamen, quod exceptionem Senatus Consulti non opponit, condemnatur, ut Faber ipse docet *hic*, & probatur *ex l.* 11. *de SCto Macedoniano*. Eodem pertinet, quod si mulier post biennium Intercessionem repetierit, Senatus Consulti beneficium ad hanc novam intercessionem eludendam, adhibere non potest. Denique, mulierem Tutelæ officium adeuntem non aliter admittunt Leges, quam si Vellejano SenatusConsulto renuntiet *l. ult. C. Quand. mul. Tut. off.* Quæ non tam est exceptio, ut Faber vult, quam ex loco Communi de Renuntiando, ad usum specialem applicatio.

Justinianus Augustus.

In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut, si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti juris judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra Constitutio easdem compensationes, quæ in re apertâ nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: excepta sola Depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus: ne sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur. §. 30. *Inst. de Act.*

1. Inter Capita Juris non cohærentia & absurda ponit hunc locum D. A. Matthæus *Disp. Fund.* x. *th.* 20. Exceptio debet esse de Regula, quæ non tam est scholæ veteris & jam fere explosæ, quam omnis sanæ doctrinæ regula. Sed hæc exceptio non est de Regula. Nam Compensatio, de quâ hic agitur, & quam ipso jure fieri, virtute suæ Constitutionis prædicat Imperator, non potest habere locum in speciebus, sive corporibus; quia cum ipso jure, id est, sine ullo hominis, judicis vel partium facto committatur, ex rerum naturâ, usum habere non potest; nisi in rebus fungibilibus, quarum una alterius vice promptè & expedite potest fungi. Sed in rebus, quarum inæquale pretium æstimationem hominum requirit, vis tollendi vel minuendi obligationem, ipso jure, quæ factum hominis excludit, nullam potest habere facultatem, ut in *Prælection. ad h. t.* demonstratum & ab omnibus adfirmatum est. Quomodo igitur à Regulâ Compensationum excipitur Depositum, quod est de restitutione rei in specie, sive corporalis? Si quis excipiat, Regulam compensationis etiam in corporibus habere locum; quia non modo in actionibus in personam pecuniariis, sed in quibuslibet aliis, restitutoriis, imo & in actionibus in Rem admittitur, ut *hic* ipse docet Imperator; ubi tamen de corporibus agi certum est: Respondetur, in Actionibus in Rem cæterisque restitutoriis, non aliter

usu venire Compensationem, quam positis terminis habilibus; quatenus res, de quibus agitur, compensationem admittant, sive ab initio, ut, si vindicetur oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata, vel ex post facto, si quis in aestimationem rei deperditae vel deterioris factae condemnatus, ad certum pecuniae debitum sit redactus: quo casu, ac inde ab eo tempore, nihil vetat, admitti Compensationem. Verum hoc sensu, ne quidem in Deposito neganda videtur Compensatio; Si quis in certam pecuniae summam condemnatus actione depositi, per oppositionem mutui debiti, solutionem occupare velit. Nihil enim aliud in hoc §. *& l. ult. C. de Compens.* cavetur & prohibetur, quam ne quis sub praetextu Compensationis, depositarum rerum neget restitutionem: Idque ne quidem propter impensas in rem factas, aut ullum aliud debitum, etiam maxime liquidum, permittendum videtur. Sed ita res in eo desinit, in quo plane est acquiescendum, non tam negari Compensationem in hoc loco *Institut. & d. l. ult. C. h. t.* quam Retentionem rerum depositarum; quam Justinianus paulo rotundius & latius, quam alioqui par est & fieri solet, à Compensatione non distinxerit, ut jam à nobis observatum est in *Praelect. h. t. n.* 16.

2. Sed quid hoc est, quod Justinianus in *hoc* §. adfirmat, suâ Constitutione factum esse, ut compensationes in omni genere Actionum ipso jure fierent, cum id aliquot seculis ante Justinianum obtinuisse, liquido probetur ex Paulo in *l.* 4. *& l.* 21. *h. t.* & Alexandro Imperatore *in l.* 4. *C. h. t.* Hoc in describendo §. 30. quem prae manibus habemus, omisisse Tribonianum, adserit D. Wissembach *ad h. t. n.* 6. nec quicquam addidisse novi, per Constitutionem suam, quando & Depositi exceptio sit juris antiqui, teste Paulo 2. *sent. Tit. Depositi*, quâ de re Cujacius *lib.* 8. *Obs. c.* 16. Quorsum igitur haec aperta praedicatio, quâ sibi mutationis auctoritatem tribuit Justinianus? Quid fuit hoc aliud quàm risum hominibus sui temporis, haud omnino Juris imperitis debere, jactantiae causâ ineptissimae? Sed Cujacius idem in *lib.* 15. *Obs. cap.* 12. scribit, hoc peperisse novi Justinianum, ut Compensationes, quae olim in Actionibus in personam pecuniariis solummodo erant receptae, ut *ex l.* 4. *& aliunde*, refutatis *ἀντιπαραφερόντοις* adstruit, etiam in Actionibus in Rem obtinerent. Quâ re factum sit, ut omnes deductiones, quae olim taxatione judicis indigebant, post *d. l. ult.* à Justiniano publicatam, pro compensationibus habeantur, & ipso jure fiant: quod tamen quo pacto intelligendum sit, non explicat Cujacius, & est difficile explicatu. Nam si compensationes rectè negantur habere locum in corporibus, ideo, quod illa non recipiant aestimationem mutuam, sine facto hominis & calculo comparationis, eadem ratio non patitur, ut deductiones, quae fiunt in actionibus in rem, perinde ipso jure fiant ac in personalibus. Sane, postquam ad rationem pecuniariam illae deductiones redactae sunt, ab hoc tempore eas recipere compensationem nemo dubitat; sed hoc non est *Ipso jure* compensationem fieri; cum facto hominum praecedente, id est, comparatione debitorum ac aestimatione fiant. *Ipso jure* dicuntur operari, quando à primâ reciproci debiti origine priusquam in judicio moveatur, creditoris obligatio tollitur aut minuitur *l.* 4 *h. t.* Ergo si deductiones in actionibus

in

in Rem ipso jure fiant, & compensationes indicant, non à tempore judicialis æstimationis, sed à primâ debiti origine locum & effectum habere debent. Eaque mens est verborum Justiniani *in d. l. ult. in pr. Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nullâ differentiâ in rem, vel personalibus actionibus inter se observandâ*, dubitare licet. Quid igitur an dicemus admittendam esse eorum sententiam, qui deductiones in actionibus in rem & restitutoriis factas, volunt retrotrahi, & debitum minuere inde ab eo tempore, quo causa deductionis verè nata fuit. Nos aliter disputavimus *in Prælect. ad h. T. n. 4.* Verum enimverò si quis eam fuisse mentem Justiniani contendat in *hac l. ult.* quod vim illam compensationis retrogradam admitti voluerit, in deductionibus, quæ *judici facilem exitum sui præstent, nec multis ambagibus innodatæ sunt: Ne is, cui certò & indubitatò aliquid debetur moratorio circuitu à spe condemnationis excludatur*, non habeo quod valde contradicam. Sic enim docet Imperator, *tunc utendum esse jure stricto; ut deductiones, quas invenerint* judices *majorem & ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent*, litem vero motam *terminali sententiâ*, ut loquitur, componant. Hæc forte minus abhorreant à scopo Cæsaris, quam à nobis expositum est, in *Prælect. ad h. T. d. n. 4.* cum quibus hæc conferri & jungi velim. Denique sic argumento *d. l. ult.* & ex interpretatione Cujacii distinguendum videtur. Deductiones & æstimationes rerum in actionibus in Rem prompte ad rationem liquidam & pecuniariam reduci possunt. Aut obscuriores & intricatiores sunt. Quæ sunt prioris generis hæ, cum liquidæ sunt factæ, vim habent retrogradam, ut ab eo tempore, ex quo constat illas vere fuisse debitas, ipso jure debitum minuisse dicantur. In cæteris idem effectus *ipso jure* compensandi cesset.

Papinianus Lib. 13. Respons.

Ob negotium copiarum, expeditionis tempore mandatum, Curatorem condemnatum, pecuniam jure compensationis retinere non placuit: quoniam ei non compensantur l. 20. d. Compensat.

1. Censura. Cum nihil sit æquius Compensatione, rem facit iniquam Respublica, subducens se debitoribus suis, ad hoc commune præsidium se recipientibus. Curator annonæ militaris, (hæc enim per *copias*, non cohortes militum, intelligitur, ut apud Ciceronem aliosque veterum passim) ex hac causâ reliquator extitit, & debitor Reipubl. conventus opponit, Rempubl. sibi vicissim debere, quod suo cum debito compensandum sit. Quid æquius, inquam; & tamen condemnatur in solidum; Suum vero debitum novâ petat actione, si velit, & cum fisco litiget; quo nihil durius, cum Principe litigare, Ἄφρων ὅτι' ἐθέλοι. *Stultus id ausurus &c.* Præterea, quid hoc ineptæ repetitionis; *Pecuniam jure compensationis non retinet, quia non compensatur?* Referatur ad locum communem rationum *inertium ac otiosarum, quæ idem bis inculcant, & principium petunt*, quem collegit A. Matthæus *Disp. fundam.* 10.

2. Parum prægnans est hic Titulus Censurarum numero vel qualitate. Quod

ad hanc attinet; Compensatio sane tantæ est æquitatis, ut nec Resp ublica Creditrix eam recusare possit, *l.* 19. *t. b.* Nisi quod Annonæ militaris causa tam favorabilis est, imo ad summam Rempubl: pertinet, ut solutiones ex eâ causâ compensationibus retardari, non expediat; quod non majorem defensionis habet difficultatem, quam reliqua Fisci privilegia privatorum derogantia commodis. Quod ad petitonem principii attinet, eadem sit responsio, quam dedimus ad *l.* 2. §. 1. *d. eff. procos. & l. ult. in pr. d. off. Precur. Cæs.* Refert se ad jus positivum & constitutionem eâ de re specialiter introductam, quasi dictet, non compensantur, quia constitutum est non compensari; quæ est ratio recta & peremptoria.

Ulpianus Libro xxx. ad Edictum

Hæc autem separatio causarum, (depositi miserabilis & simplicis) *justam rationem habet. Quippe, cum quis fidem elegit, nec depositum redditur, contentus esse debet simplo: cum verò, extante necessitate, deponat, crescit perfidiæ crimen; & publica utilitas coërcenda est, vindicandæ reipublicæ causa: est enim inutile, in causis hujusmodi fidem frangere. L.* 1. §. 4. *Depositi.*

1. Depositum miserabile esse, quod deponitur incendii, tumultus, ruinæ, naufragii causâ, notum est. Perfidiam in hoc genere commissam gravius animadvertendam esse, quam in simplici deposito publicæ desciplinæ ratio postulat. Ac ita fit ut duplo mulctetur, cum aliàs ex deposito nonnisi in simplum actio detur. *h. l.* 1. §. 1. Verum quid hoc est dicere, *Publica utilitas coërcenda est,* dum crescit perfidiæ crimen, Ipsum crimen, inquam, coercendum potius quis non videt? Ideò vulgata vetus legit, *Publicâ utilitate coercendum est.* Haloandrina, *utilitas coercendo vindicanda est.* Cujacius *Inutilitas coërcenda.* ad *l.* 2. *C. de fid. & jur. hast.* quo etiam inclinat Duarenus, 1. *Disp.* xi. & Faber *ad h.* §. Gotofredus, Legendum videtur, inquit, *Coercenda & vindicanda* Reipublicæ causâ: supponens hanc locutionem, *utilitas coercenda,* posse ferri. Sed tum nihil vetet, retinere Florentinam, ut concisa locutio sit, *coercenda,* pro coercendo vindicanda; nec opus sit addi, *vindicanda,* subintelligi sufficit. Nec alienum id ab acumine Veterum, Laconismo utentium & aculeis gaudentium orationis. Ex emendationibus si quâ utendum, Haloandrina magis placeat

2. Sed ab isto acumine prorsus abhorrere videtur ultima hujus versiculi clausula. Postquam sat gravibus verbis dixit Ulpianus; Crescit perfidiæ crimen & publica utilitas *coercenda* est vindicandæ Reipublicæ causâ, subjicitur; *Est enim inutile in hujusmodi causis fidem frangere.* Quid frigidius? Referatur ad locum communem D. Antonii Matthæi, *JurisConsulti sæpe otiosas & inertes rationes reddunt, disp. fund.* 10. Nec si legas, *Incivile,* ut est apud Haloandrum, profeceris multum. Propius ad rem facit, quod Duarenus in *lib.* 1. *disp. c.* xi. multis probat, *Inutile* non tantum significare, quod *non est utile,* sed quod noxium & grave est. Sic Paulus *in l.* 13. *d. Administr. Tut. Inutile est pupillis, si administratio eorum non servetur.* Plinius, *Vinum jejunos bibere, inutilissimum est l.* 23. *c.* 10. Cel-

c. 10. Celsus, *Inutilis est, post cibum, aut contentio, aut cogitatio animi l.* 10. *c.* 5. Si quis ita necdum satis emphasios in hac clausulâ reperiat, ita cogitet: Inutile non simpliciter noxium, sed penitus, excellenter, enixe repugnans utilitati significare, ut *Illaudati Busyridis aræ*, & Styx *Inamabilis* apud Virgilium, explicante Gellio 2. *noct.* 6. Talem emphasin Ulpianus hic etiam τῷ *Inutili* impressit ac inesse voluit, respectu perfidiæ in deposito miserabili commissæ. Addo Apostolum *ad Hebr. c. ult. v.* 17. Πείθεσθε τοῖς ἡγουμένοις ὑμῶν καὶ ὑπείκετε· αὐτοὶ γὰρ ἀγρυπνοῦσιν ὑπὲρ τῶν ψυχῶν ὑμῶν, ὡς λόγον ἀποδώσοντες, ἵνα μετὰ χαρᾶς τοῦτο ποιῶσι, καὶ μὴ στενάζοντες, ἀλυσιτελὲς γὰρ ὑμῖν τοῦτο. *Parete ductoribus vestris & morem illis gerite; vigilant enim pro animabus vestris, ut rationem reddituri, quo id cum gaudio faciant & non ingemiscentes. Id enim* INUTILE *vobis.* Id est, noxium & perniciosum.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

Est autem, & apud Julianum libro tertiodecimo digestorum scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere. Hoc enim ipso, dolo facere eum, qui suscepit, quòd reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat. Quid enim, si in provincia res sit: vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non extitit. l. 1. §. 22. *Depositi.*

1. Depositum semper repeti potest, & quidni statim à recenti depositione? Cur enim neget eam reddere Depositarius, cujus nulla vertitur utilitas? nec improbitatis notam effugit, adeoque dolum, negando promptam depositi redditionem, committit, ut rectè Julianus putavit. Sed Marcelli exceptiones ab Ulpiano relatæ hoc loco, ineptæ & calumniosæ sunt, ait Anton. Faber. Cum enim nihil sit apertius, quam Julianum depositarii dolum non arguere, nisi cum restituendi facultatem habet, insulsum est, opponere casus, quibus in promptu minime fuit, reddere depositum, ut sunt exceptiones Marcelli; quem notas ad Julianum scripsisse; potius reprehendendi & insectandi, quam interpretandi studio, Faber animadvertit, eumque hos casus objectasse, *quasi magnum quid, & quasi Julianus aut ignoraverit aut non viderit*, dari posse casus, quibus scilicet depositarii dolus argui non possit, cum res ipsa non habet facultatem. *Calumniosa*, inquit, *Adnotatio*, Faber. Plane jejunum oportet fuisse Marcelli judicium, qui talia reprehendendi causâ, quibus seipsum magis ludibrio exponat, protulerit. Sed unde Faber habet, quod Marcellus his objiciendis, se magnum quid ac inopinatum movere putaverit? Nihil ejusmodi est in verbis. Ne quidem ullum reprehensionis aculeum video: Sed brevem Juliani positionem & concisam exemplis illustravit claris, & diversum spectantibus, ad usum regulæ melius exhibendum & supplendam Juliani orationem compendiariam.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

Si pecunia in sacculo signato deposita sit, & unus ex heredibus ejus, qui deposuit, veniat repetens: quemadmodum ei satisfiat, videndum est. Promenda pecunia est vel coram Pratore, vel intervenientibus honestis personis: & exsolvenda pro parte hereditaria. Sed etsi resignetur, non contra legem depositi fiet: cum vel pratore auctore, vel honestis personis intervenientibus hoc eveniet: residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit: sigillis videlicet prius ei impressis, vel à Pratore, vel ab his, quibus coram signacula remota sunt: vel, si hoc recusaverit, in ade deponendo. Sed si res sunt, quæ dividi non possunt: omnes debebit tradere, satisdatione idonea à petitore ei præstanda, in hoc, quod supra ejus partem est: Satisdatione autem non interveniente, rem in ædem deponi, & omni actione depositarium liberari. L. 1. §. 36. Depositi.

1. Totum hunc §. Antonius Faber existimat esse Triboniani, & Ulpiano indignum. Si enim nihil quam emblematicam argueret cacoëthen, hanc nobis prætcrire liceret, postquam ab initio hujus operis, non videri in eo per se fuisse peccatum, si nulla in Artem confusio invehatur, probavimus. Nam si recte se habeat Jus constitutum, sive à manu Triboniani, id est, ipsius Justiniani, sive à Veteribus JureConsultis à Justiniano laudatis, ad nos immediate profluxerit, Eunomiæ nihil interesse videtur. Nec tamen omnino nihil hic esse à manu vel stylo Triboniani, cur pugnem, habeo. Sed primum, quod phrasin *promenda pecunia*, Faber negat esse latinam satis, pro explicanda & exhibenda, ut loquitur, quid sibi velit, nescio. Quomodo enim proprie magis diceret quisquam, pecuniam in sacculo obsignatam inde proferre, quam *promendi* voce? quod probatu non indigeat. Ad rem pertinet, quod pecunia male dicitur esse promenda *coràm Pratore, vel intervenientibus honestis personis*: Cum etiam *inquit*, sine Prætore, nec illis intervenientibus honestis personis, liberari possit Depositarius; si modo sacculum ipsum, qui certe individuus est, præsertim, quamdiu signatus manet, restituere velit uni ex heredibus, ut constat ex *l. si stipulatus sim.* 81. §. 1. *d. Solut.*

2. Atqui in hac *L.* 81. agitur de Lance depositâ à defuncto, & ab uno ex heredibus repetitâ, de quâ Pomponius, si reddita sit absque dolo, non teneri scribit depositarium, melius tamen hunc esse facturum, si Magistratus auctoritatem adhibuerit, ne, quod uni heredum depositum reddidit, fraudi sit isti. Hoc Pomponius de re individua. In hoc loco agitur de re dividuâ, qualis est pecunia; Nam quod Faber ait de sacco, nugatorium est, cum pecunia, non saccus, deposita sit & dicatur *in h. l.* Quod de indivisibili Lance Pomponius esse dixit tutius, adhibere Magistratum; hoc Ulpianus in pecunia divisionis capace putavit esse necessarium, saltem, ut coràm testibus fieret; Unus enim heredum plus suâ parte nec petere, nec depositarium, plus accipiens liberare poterat, quâ de re est notabilis Constitutio Justiniani *in l.* 12. *C. Depositi.* Imo, si hic omnem uni pecuniam dedisset, quominus reliqui heredes actionem pro suâ parte

parte Depositi movere potuissent, causa nulla reddi potest; secus ac res se haberet, in re individuâ, modo cautionem ab uno herede illo exegisset, ut in fine textus subjicitur. Faber excipit, in casu rei individuæ non esse necessariam satisdationem, quia Pomponius illam non exigit *in d. l.* 81. etsi fatetur idem, satius esse, uti res per Prætorem administretur. At nec Ulpianus *hic* ait, depositarium *incidere in obligationem*, ut loquitur Pomponius in *l.* 81. si rem individuam uni heredum sine dolo malo restituat, monet tamen ut satisdatio exigatur, vel res in ædem sacram deponatur. Quod tantum abest, ut vel *d. legi* 81. contrarium, vel improbandum sit, ut alteri loco supplendo & muniendo rectissime serviat. Quæ præterea Faber, de frequentibus ablativis in hoc textu, qui Triboniano sint familiares, & constructione minus commoda cavillatur, exiliora sunt, quam ut tam prolixe, quam si illum persequeremur, necesse foret, ea deducamus. Si quid in stylo sit Tribonianæum, ut necesse non habemus enixe negare de quibusdam verbis, ita locum totum esse à Triboniano, vel in argumento negotii quicquam Censurâ dignum à Fabro demonstrari, cum ratione negamus.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edictum.

Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? & ait Pomponius: adire eum, prætorem oportere: & ex ejus auctoritate denuntiatione facta his, qui eum elegerant, ei rem restituendam, qui præsens fuerit. Sed hoc non semper verum puto. Nam plerumque non est permittendum, officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere: nisi justissima causa interveniente. Et cum permittitur: rarò ei res restituenda est, qui venit: sed oportet eam, arbitratu judicis, apud ædem aliquam deponi. L. 5. §. 2. *Depositi.*

1. Hunc etiam locum Aristarchus Tribonianæus Ulpiano indignum, à Compilatoribus effictum putat esse Faber. Sed quia parum in argumento, maxime stylum arguit; Eunomiæ forte res tanti non est. Non solent Prudentes, inquit, à quæstiunculis ordiri, ut hic, *quid ei faciendum sit*. Non solent Prudentes causam exigere, *nisi justam*, Tribonianus, *justissimam*, ut hic. De verbis ita quod tam facile refutatur, quam refertur. Ad rem hoc Arguit, *Raro* ait textus, *ei restituenda res est*. Non addit, ait Faber, quibus casibus restituenda sit vel non, quod Ulpianus non prætermisisset. In his cavillationibus hærere, non minus esset cavillatorium, quam super talibus, Artis magnæ conditores insectari. Cui bono, roget Cassius, hæc commentatio fictilis? Cur Pomponius ad hujus figmenti auctoritatem citatus? quis tantam in hominibus tam excelso negotio adhibitis præsumat vecordiam; ut locum Ulpiano, quasi ex Pomponio adfingant, in quâ nihil quam jus tralatitium continetur? Majusculi videtur esse momenti, quod subjicit, confundi hoc loco nomen Judicis & Prætoris. Cum enim primo dictum sit, *adeundum esse Prætorem*, addit in fine, *Judicis arbitratu esse restituendam*. Atqui veteres JurisConsulti Prætoris & Judicis appellationem *diligentissime distinguunt*, ait Faber. Imò Ulpianus idem, Prætorem vocat Judicem

Gajus Lib. IX. ad Edict. Provinc.

Si plures heredes exstiterint ei, qui deposuerit: dicitur, si major pars adfuerit, restituendam rem præsentibus: majorem autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intelligendam, cautela idonea reddenda. l. 14. in pr. Deposit.

Textus hic totus Triboniani esse videtur, ait Faber. Mihi quod sæpe dixi, non facile potest persuaderi, Tribonianum integros textus sub aliis nominibus esse commentum nisi id evidentius liqueat, verba quædam aliquando videri adspersisse, non negem: Qualia sint heic ultima, *Cautelâ idoneâ reddendâ*, quæ non videri genuina Caji, putat etiam Brissonius in *Cautelâ*. Confer *l. 21. d. Judic. l. 6. d. Pign. act.* Tametsi, quod propius ad Eunomiam pertinet, hæc verba sensu recto non videntur esse supervacua, ut *infra* videbimus. Cætera Fabri, *dicitur* pro *dicendum* est, *Adierit* simpliciter, pro *Adierit* Prætorem vel depositarium: Magnitudine, pro *quantitate*, nullius ponderis sunt, nec à Veterum abhorrentia stylo. Rerum argumenta magis ad Eunomiam pertinent. Torquet autem dilemma Faber; Res deposita vel individua est, vel divisibilis. Si individua, reddi potest uni ex heredibus, sine ullâ cautione, quod se probasse dicit ad *l. 1. §. 36. h. t.* quam modo vidimus; Ergo nec cautelæ tum, neque numero, neque quantitatis reputationi locus est, in hac specie. Quod si dividua res sit, singuli heredes pro partibus hereditariis agere debent, neque plus, etsi cautionem *offerant*, petere possunt, per *l. 25. §. Cum ea stipulatio. Famil. ercisc.* Igitur neutro casu fieri debere, quod hic locus dictat, concludit Faber, & esse locum inutilem, falsum. Quod puto cum ratione negari, utrovis casu dilemmatis. Nam in re individuâ uni heredum reddendâ, dictare prudentiam juris, ut cautio respectu reliquorum exigatur, demonstravimus ad *d. l. 1. §. 36.* Rursus si rem dividuam pars major heredum repetierit, non videtur justam habere causam negandi restitutionem depositarius, maximè, si cautio præstetur; multo minus, si res individua sit, inquam, Etsi tum forte sufficit unus heredum, qui cavere paratus sit. Nec aliud ex iis, quæ ad *d. l. 1. §. 36.* dicta sunt, juris esse colligitur, ut paulo superius demonstratum est. Majoris autem partis heredum instantia, licet ad rei individuæ restitutionem necessaria non sit, ut ex *l. 81. §. 1. d. Solutione* constat; si tamen, ut hic ponitur, accidat, in causa est, ut restitutio depositi indistinctè sub cautione peti possit; quemadmodum hic locus indistinctè docet. Quod si Cautio necessaria sit, an verbum *Cautelæ* satis argumenti præbeat, ut hic versus sit eliminandus & reliqua tot loca pro corruptis habenda sint velim lector consideret. Si enim res *cautionem* exigat, oportet eam Gajus adjecerit; neque plus inexpectati aut anomaliæ est in voce *cautelæ*, à *caveo* & *cautus*, quam *Tutelæ* à *Tuendo* & *Tutus*, aut *Medelæ*, à *medendo* aliisque similibus. In *l. 21. d. Judiciis* alia ratio est, ut ibi vidimus.

Marcellus Lib. v. Digestor.

Si duo heredes rem apud defunctum depositam dolo interverterint, quodam utique casu in partes tenebuntur: nam si diviserint decem millia, quæ apud defunctum deposita fuerant, & quina millia abstulerint, & uterque solvendo est: in partes obstricti erunt, nec enim amplius actoris interest. Quod si lancem conflaverint, aut conflari ab aliquo passi fuerint, aliave quæ species dolo eorum interversa fuerit: in solidum conveniri poterunt, ac si ipsi servandam suscepissent: nam certè verum est, in solidum quemque dolo fecisse, &, nisi pro solido, res non potest restitui: nec tamen absurdè sentiet, qui hoc putaverit. Planè, nisi integræ rei restitutione, eum, cum quo actum fuerit, liberari non posse: condemnandum tamen, si res non restituetur, pro qua parte heres exstitit. l. 22. Depositi.

Primo quidem adsentior Fabro, versum ultimum, a verbis, *nec tamen absurde*; legendum esse uno contextu ad finem usque Legis. Editores decepit, quod vox *Plane*, periodos fere inchoat; sed contextum si attendas, non potest in voce *putaverit* sensus claudi. Idem Faber existimat, eundem hunc versiculum à Triboniano potius esse, quam à Marcello. Nam ille distinctionem suam executus erat; Aut res est dividua, & singuli heredes, qui depositum interverterunt, pro parte sua tenentur: Aut individua res est, & singuli in solidum tenentur. Quod sequitur, in versu, *Nec tamen absurde*, in diversum abit, nec stylus cum prioribus congruit. Attamen res ipsa non videtur aliena esse ab Eunomiâ, quod liberatio non nisi restitutione rei integræ fieri possit, condemnandi tamen sint rei pro partibus hereditariis? Est talis casus in *l.* 85. §. *in solidum* 5. *d. V. O.* ubi singuli heredes in solidum de evictione quæ est individua tenentur, sed præstatione partis hereditariæ liberantur. Idem est in *l.* ,2. *in pr. d. Verb. obl.* ubi de facto singuli in solidum tenentur, attamen condemnatio ad pecuniam redacta in eventu contra singulos fit in solidum. Cur non idem Marcellus hic voluerit, quod Faber negat, non video; quia dixit, in ipso eventu, non nisi in solidum restitui posse rem depositam & dolo heredum interversam, si extaret, eoque refert eventum judicii; quod etiam est æquissimum, propter eorum dolum, quod hic est amplius, quàm in *d. l.* 85. §. 5. *& l.* 72. *in pr.* Subjungit Jurisconsultus, etsi tam propter individuam præstationem quam ob dolum singuli in solidum teneantur, quia tamen res ad præstationem ejus quod interest & in pecuniam resolvitur, in exitu judicii singulos pro partibus esse condemnandos. Referendum hoc igitur ad differentiam, quæ est inter jus Actionis & officium Judicis. Nec satis causæ videtur suppositionis arguendæ, censuræque Fabrianæ.

Try-

Tryphoninus Lib. IX. Disputat.

Bona fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat, sed eam utrum æstimamus ad merum jus gentium, an vero cum præceptis civilibus, & prætoriis? veluti reus capitalis judicii deposuit ad te centum. Is deportatus est, bona ejus publicata sunt: utrumne ipsi hæc reddenda, an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale, & gentium jus intuemur, ei qui dedit, restituenda sunt: si civile jus, & legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. l. 31. in pr. Depositi.

1. Duæ positiones hujus loci Censuram mereri videntur. Una, quod Jus Civile vincere dicitur æquitatem Juris Naturæ & Gentium: quam negat Amesius, nec pauci cum illo JurisConsulti à nobis *ad L. 1. d. SC. Macedon.* laudati. Negat etiam Gajus in *l. 8. d. Cap. Min.* Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest, *inquit:* & rationem reddit gravissimam Justinianus, *quia divinâ quâdam providentiâ constituta, semper firma atque immutabilia permanent,* in *§. pen. Inst. de Iur. Nat. G. & Civ.* Sed hac objectione defuncti sumus aliàs, per distinctionem inter Jus Naturæ, quod intrinsecus ad honestatem & turpitudinem morum, & quod ad dispositionem de bonis rebusque patrimonialibus spectat. Illud immutabile suâ natura est; hoc jure positivo & voluntario mutari posse, tota probat Jurisprudentia, cujus rei plura jam vidimus specimina ad *l. 7. d. Pact. Tit. de SCto Macedon. Vellejano & alibi.*

2. Altera justioris forte Censuræ positio est, quod Jure Naturali & Gentium, res à malefico deposita, postquam ejus bona pœnæ causa publicata sunt, ipsi, non Fisco reddenda dicitur. Cum enim per sententiam res illa Fisci jam facta sit, jus naturæ Gentiumque dictare videtur, rem præsenti domino, non ei, cujus antea fuit, esse restituendam. Nam hoc esse Juris Naturæ dictamen, ut suum cuique tribuatur, quocunque, licet etiam Civili jure, ei acquisitum sit, ratio vult. Quemadmodum sane Furtum Jure Naturali prohibitum est *§. 1. I. de Obligat. ex del.* sine distinctione, quo jure venerit in Dominium. Nec enim Jus Naturæ tantum agere de his, quæ in primo statu naturali obtinent, *sed de multis, quæ voluntatis humanæ actum consequuntur,* docet Grotius *1. de J. B. & P. c. 1. n. 10. Sic dominium,* pergit, *quale nunc in usu est, voluntas humana introduxit: at eo introducto, nefas mihi esse, id accipere te invito, quod tui est Dominii, ipsum indicat jus naturale.* Atqui dominium Fisci non minus est justum, quam Dominium privatorum. Numquid enim hoc minus naturale, vel Juris Gentium est, quod addit *hic* Tryphoninus; maleficos ita mereri, ut rebus suis priventur, quo alii exemplo à maleficiis deterreantur? Melius probat idem in *§. 1. h. t.* hanc esse Justitiam, quæ suum cuique ita tribuat, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione, nec bonam fidem inter eos tantum, quos inter contractum est, nullo extrinsecus adsumpto, æstimandam; sed respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur, pertinet. Etsi igitur sententia, per quam malefici bona publicata sunt, à Civili ordine & potestate veniat, cum

jure naturæ tamen & Gentium nihil justius sit; ejusdem juris ratio dictat Fisco esse tradendum, quod ad illum jure pertinet.

3. Hæc ita vera sunt, ut profecto nihil vetet, Juri Naturæ & Gentium id ipsum dicere consentaneum videri, ut res Fisco potius quam malefico depositori jure damnato restituatur. Sed Tryphoninus de jure naturæ gentiumque primævo, quod statum Civitatis præcedit, quomodo Ulpianus Jure Naturali omnes homines esse liberos & servitutem esse incognitam tradit *in l.* 4. *d. Justit. & Jur.* mihi videtur intelligendus; Non de Jure Naturæ propriè dicto, quod est dictamen rectæ rationis, omnes hominum actiones, quamdiu stat genus humanum, regens.

Celsus Lib. XI. Digestorum

Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse: Proculo displicebat: mihi verissimum videtur. Nam & si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam præstabit. l. 32. *Depositi.*

1. Negat hæc sanum habere sensum Hotmannus. Nam primò omnium, *inquit*, difficile est, atque adeo incredibile videtur, Proculum illam pervulgatam sententiam improbasse, quâ dici solet, culpam latam dolo æquiparari, vel dolum in latâ culpâ inesse. Deinde, ut eam sententiam Proculus improbaverit; quorsum tamen illa, quæ subsequuntur, pertinent? Non enim de latiore, sed de levi culpâ quæstio proponitur. Proinde sic putat, à Celso fuisse scriptum. *Quod Nerva diceret, Leviorem culpam dolum esse.* Mox, *Nam & si quis ad eum modum*, deleta particulâ, *Non.* Ita Hotmannus in *lib.* 2. *Observ. c.* 2. At si Gotofredo, vel ei ex quo ille descripsit credimus ad *h. l.* 32. *Ineptissime* Hotomannus ita conjecit. Nec dubitat Faber, Hotmannum non intellexisse Celsum.

2. Me quod attinet Ineptiam in Hotomanni emendatione, si hæc necessaria non est, vel recta, tantam inesse non animadverto. Verum enim est, ea quæ Celsus habet in sequentibus, *Si quis ad eum modum, quem hominum natura desideret* &c. ad levem accedere culpam, quæ est omissio diligentiæ, quam bonus paterfamilias in suis rebus adhibet. Quapropter ut prima conveniant, levis culpa non male poneretur, hoc modo; Quod Nerva diceret, fieri posse, ut levior culpa præstetur in Deposito (in quo dolus propriè tantum præstatur) ac ita levior culpa pro dolo habeatur *l.* 1. §. *ult. l.* 20. *h.* §. 3. *l. de Obl quæ re contrah.* id Proculo displicebat, sed mihi, inquit Celsus, verissimum videtur, ita fieri posse. Nam & si quis in eum modum, quem homines plerumque servant, diligens est in deposito, fieri tamen potest, ut, depositarius ita non defungatur; si forte minorem in depositis, quam in suis rebus exhibeat diligentiam. Hæc enim comparatio non patitur eum doli expertem haberi, licet alioqui vulgares diligentiæ partes impleat. Sic emendatio nihil inepti continet.

Etiam

Etiam bene fundata videri poterit, si rationes ejus sint necessariæ. Sed hac parte laborat. Nam quod incredibile dicit esse, Proculo displicuisse sententiam, de latâ culpâ pro dolo h.benda, non habet rationem. Quid est lata culpa? Non intelligere, quod omnes sciunt *l.* 225. *d. V. S.* quo nihil à dolo videtur esse alienius: Est enim rusticitas & simplicitas crassa, quæ nec doli capax esse videtur. Sic igitur Proculus non de nihilo dubitavit. Sed eum Celsus refellit. Et si quis, inquit, naturâ non sit factus ad talem diligentiam, qualis in hominibus ut plurimum inest, tamen si minorem depositis rebus quam suis curam adhibeat, dolo non caret. Elucet enim ex illa comparatione malignus animus. Ita sensus optime constat, ut duplici emendatione Hotomanni opus non sit, nec etiam Fabrianâ, quæ non minus quam ille, tollit *negativam.* Quod autem Faber scribit, Hotmannum *retentâ negatione, quam ipse tollit*; *novam addidisse* in illis verbis, *fraude caret*, non intelligo, nec ita in Hotomanno extat: An autem Faber, pro *fraude non caret*, vult legi, *fraude caret?* Id quidem à Celsi mente prorsus alienum fuerit. Nos in Florentinâ lectione libenter & tutò acquiescimus, ac inde colligimus, quod antehac pridem ex hoc textu docuimus, *Latam culpam pro dolo haberi*, non absolute, verum ita, si quis minorem diligentiam rebus alienis adhibuerit, quam propriis, alioqui secus videri. Eaque multi usus comperta jam pridem & demonstrata fuit distinctio.



EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XVII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.



Eneraliter Julianus ait, si fidejussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit: si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem: quod si eam, qua reus uti potuit; si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem, si modo habuit facultatem rei conveniendi, desiderandique, ut ipse susciperet potius judicium, vel suo, vel procuratorio nomine. l. 10. §. 12. *Mandati.*

Anton. Faber: *Rational. hic.* Mihi locus hic semper, *ait*, visus est mancus & mutilus. Nam cum Ulpianus ex Juliano profiteatur, se generaliter docere velle, quid juris sit; si fidejussor exceptionem sibi proprio nomine competentem prætermiserit, sive reus eâ uti potuerit, sive non potuerit, multos tamen casus omittit, in quibus quid juris sit, non aperit. Neque verò hujus §. aut rationem aut sententiam, *pergit*, aliter constare posse arbitror, quam si hunc ita legamus, inquit. *Generaliter Julianus ait, si fidejussor ex suâ personâ omiserit exceptionem, quâ reus uti non potuit, habere eum mandati actionem. Quod si eam, quâ reus uti potuit, si quidem minus honestam, æque habere eum mandati actionem, sin eam, quâ reus honeste uti potuit, si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem, si modo habuit facultatem rei conveniendi, desiderandique ut ipse potius susciperet judicium, vel suo, vel Procuratorio nomine: Suo quidem nomine, ante litem Contestatam; Procuratorio autem postea.* Hactenus Faber.

2. At hæc profecto non est emendatio, sed refictio, & nova Editio vel Compositio, quam in alienum opus exercere, nedum in sacras Legum tabulas, grave & exemplo noxium videtur. Non nego tamen, sententiam Fabri non esse alienam à vera Jurisprudentiâ, & si Auctor potius quam Interpres Juris esset, editio-

editionem ejus vulgatæ, id est, Florentinæ præferrem. Sed utendum est jure scripto, & boni consulendum, quod sensum ferre potest tolerabilem; quem en heic invenire liceat, videndum: Faber enim negat. Ait, Juliano propositum fuisse, Regulam tradere generalem, quæ non in vulgatâ, sed in sua lectione reperiatur. Hoc quidem minus stringit, *οἱ καθόλου λόγοι κενώτεροι*, ait Aristoteles; Ex loco generis argumenta leviora sunt. Satis est suo modo generalis doctrina Juliani, ut est expressa Florentiæ: etsi deest aliquid speciale, quod omisit, ut videbimus. Speciem facti demus oportet, verbis Ulpiani & Juliani, *ὡς κεῖται*, in hoc loco, accommodatam.

3. Primus debet Cajo centum, fidejussit Secundus, qui accepit inducias à Principe moratorias, vel ut Cujacius XI. *Obs.* 40. novas Tabulas, cum decoxisset. Primo quoque non solvente, Cajus Secundum, paulo jam meliore fortunæ conditione utentem convenit. Hic poterat uti beneficio induciarum novarumve tabularum, quod est sane minus honestum: Verum, tactus aculeo generositatis, illo noluit uti, habens in animo repetere quod solveret, à Primo, quem noverat, unde solvendo esset. Solutione factâ, Secundus repetit à primo pecuniam solutam, actione mandati. Hic ait, Tu non habes agendi causam; quia malè mihi consuluisti; nec enim solvere cogebaris, cum beneficio à Principe tibi concesso Creditorem rejicere potuisses. Replicat Secundus, Hoc nihil ad te, qui debuisti verè quod pro te solvi. Nec à me petere potuisti ut in tuam gratiam uterer beneficio, quod incommodo rerum mearum subactus, ab Indulgentiâ principis acceperam. Sic habemus exegesin horum verborum; *Si fidejussor ex suâ persona omiserit exceptionem, siquidem minus honestam, habere eum Mandati actionem.* Nec in eo quicquam difficultatis aut iniquitatis, cum fidejussorem nulla ratio utendi exceptione minus decora, pro debitore, compulerit aut obligaverit.

4. Quid autem si honesta fuit exceptio, quâ Fidejussor solus uti potuit, an, si hanc omiserit, mandati actionem amittit? Ita videtur, ex his verbis, *siquidem minus honestam*, *[illegible]*, Ac ita Græci. *Ἔχει τὴν περὶ ἐντολῆς ἀγωγήν, εἴπερ οὐκ ἦν ἐνάρετος ἡ παραγραφή. Habet Mandati actionem, si exceptio non fuerit honesta sive decora.* Unde si fuerit honesta, quid aliud quam ex adverso colligetur? Et ratio suffragatur. Quid enim proferat, cur honestam exceptionem sibi competentem omiserit, in præjudicium debitoris principalis. Atqui hoc aliter constat ex eodem, quem hic habemus, Ulpiano. *Fidejussor, si solus tempore liberatus, tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim jam liberatus solvit, tamen fidem implevit, & debitorem liberavit: si igitur paratus sit defendere reum adversus creditorem: æquissimum est, mandati judicio eum, quod solvit, reciperare, & ita Juliano videtur. l.* 29. §. *ult. Mandati.* qui locus æquè è Juliano desumptus, magis hunc nobis propositum arguit textum. Nulla hic inter honestam & inhonestam exceptionem distinctio: sed fidejussor etiam honestam exceptionem, qualis est præscriptio temporis, sibi soli competenrem omittens, actionem Mandati nihilominus habet salvam. Accursius ut pareat huic objectioni, in hac *l.* 10. §. 12. subintelligit voculam *maxime*; hoc modo; *Si fidejussor ex suâ personâ omiserit exceptionem*, maxime, *siquidem*

quidem minus honestam, sed hoc est duriusculum vel potius intrusum. Malo Cujacii responsionem amplecti, ex argum. *l. pen. ad SC. Vellej.* ubi Paulus; *Si mulier*, inquit, *quod ex intercessione solvit, nolit repetere, sed mandati agere, & cavere velit de indemnitate rei, audienda est.* Unde sic videtur habendum; Quando minus honesta est exceptio, quæ soli competit fidejussori, si illam opponere noluit Creditori, actionem Mandati tamen simpliciter instituere potest, ad repetendum, quod ex causâ fidejussionis solvit. Quod si honesta fuerit exceptio, ut est Vellejani Senatus-Consulti, eâque noluerit uti, tunc aliter actionem Mandati non habebit adversus debitorem, quam si cautionem præstet, se redditurum vel reddituram, quod acceperit à debitore, si deinde per Condictionem indebiti repetierit à Creditore, quod tutus exceptione solvit, ut hoc repetere posset *l.* 40. *d. Condict. indeb.* Hanc limitationem, quæ specialis est, non expressit Ulpianus, seu Julianus in hac *l.* 10. §. 12. quia tantum generaliter loquitur.

4. Hæc ita de casu primo, si non usus sit exceptione sibi soli competente. Sequitur casus, quo fidejussor omisit exceptionem, quâ debitor etiam uti potuisset. Hunc etiam ut priorem, *si minus honesta sit exceptio*, intelligi oportet: qualis fuerit, quæ ex apicibus Juris captata sit, quod bonæ fidei non convenit, ut scriptum est *in l.* 29. § 4. *h. t.* Circa ejusmodi exceptionem Fidejussoris officium fuit, adire debitorem, & dicere; Cajus à me petit centum, quos tu illi debes, & pro quibus ego spospondi. Scio, me posse solutionem eludere tali & tali exceptione, quæ summo jure nobis æque tibi ac mihi competit: sed mihi videtur summum jus summa injuria. Tu si velis uti illa exceptione, fac ipse judicium suscipias, vel per Procuratorem. Si hoc neglexerit Fidejussor, & suo arbitratu dein omiserit exceptionem, quâ debitor ipse poterat uti, creavit illi præjudicium, & sic merito non habebit actionem Mandati. Quæ tamen ipsi negari non potest, si copiam debitoris commonefaciendi non habuerit. Spero ita nihil imperfectionis aut absurditatis esse in hoc textu, sicut editus est à Florentinis & agnitus à Basilicis: Et carere licebit emendatione vel novâ Lectione Fabrianâ, quæ nimis enormi *προσθέσει καὶ ἀλλοιώσει*, *mutatione & additione* laborat.

Ulpianus Lib. VII. Disputationem.

Quædam tamen etsi sciens omittat fidejussor, caret fraude. Utputa, si exceptionem procuratoriam omisit, sive sciens, sive ignarus. De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare: sed de hoc tantum, debitor fuerit, necne. L. 29. §. 4. *Mandati.*

1. Hic locus superiori cohærens, etsi nonnullis instituti nostri interjectis, cum eo conjungendus fuit. Quod enim de exceptione minus honestâ dictum in *lege præcedente*, non alio promptius exemplo, quàm ex hoc textu illustrari solet & potest. Proinde sic volunt, ac ita Ulpianus hic indicat, Exceptionem Procuratoriam esse minus honestam, esse de apicibus Juris, non convenire cum bonâ

bonâ fide. Quid igitur continet exceptio Procuratoria? Actori actionem instituenti per Procuratorem, quem legibus dare non licet, (ut quia fœmina, miles, Reipubl. causâ absfuturus, Magistratum initurus, potentiâ præcellens est, vel mandatum in formâ probante non habet,) licet opponere exceptionem dilatoriam, quod Procurator non sit verus, vel non sit jure datus, ut in *Prælect. ad Tit de Procurat. & in posit. n.* 10. demonstravimus. Hanc si fidejussor opponere neglexerit, & directè se condemnari passus sit, an Reus Principalis, quem actione Mandati convenit, idcirco illi negare possit restitutionem solutі, quod in gratiam suam uti noluerit remedio jure civili prodito, quæritur. Et negat Ulpianus, *eo, quod bonæ fidei non conveniat, de apicibus Juris disputare.* Mira & insolens ratio: Quorsum igitur apices illi à legibus instituti & approbati sunt? An hæc est Eunomia, dictare formulas exceptionum, quibus per bonam fidem uti non liceat? Quid est igitur, quod Exceptio nihil aliud esse dicitur, quam Actionis summo jure competentis *ob æquitatem* exclusio *pr. Inst. de Except. l.* 2. *D. eod.*? Quænam Æquitas, quæ illa Juris auctoritas est, quam salvâ bonæ fidei tessera exercere non liceat? An igitur bonæ fidei convenit, apices juris, id est, remedia non quidem peremptoria, vel rem ipsam ferientia, sed dilatoria, legitima tamen, omittere in causa aliena, cum illis propositis, reo principali prodesse potuisses, saltem differendo solutionem, in quo sæpe non parum, impeditis & difficultate nummaria coarctatis hominibus commodi situm est, ut Italico notum est proverbio; *Qui ha tempo, ha vita*? Quin hoc potius in fraudem rei principalis à sciente, ut hic ponitur, omissum intelligi debet, cui non immerito hac gratia competat exceptio doli. Denique, non potest non asperum durumque videri, quod Exceptiones Procuratoriæ similesque, bonæ fidei convenire negantur. Late patet hujus argumentum rei, & exemplo Procuratoriæ exceptionis, verendum est, ne pleraque dilatoria Juris remedia, de apicibus juris & bonæ fidei repugnantia existimentur. Præsertim, quia JurisConsultus addit ἐπὶ ἡγεμόνι, magnæ ἀνυλιόφητεως, non convenire bonæ fidei, de apicibus juris disputare; *sed de hoc tantum; debitor fuerit, nec ne.* Unde sic instituendum videtur, sola remedia, quibus aliquis se non debere contendit, justam contradictionis in judicio causam præbere; dilatorias exceptiones quasi Tenedica securi præcidendas, solis rabulis & ὑπεκφύγια quærentibus esse relinquendas. Quid vero tum fiat de Jurisprudentia, quæ plena est apicibus & subtilitatibus.

2. Cogitandum est de responsione sana & recta, ut Eunomiæ consulatur. Hæc autem mihi duplex in mentem venit. Prior sit hæc; Videri dividendum esse Fidejussoris officium, qui convenitur, ut pro debitore Principali solvat, ab eo, quod cuilibet patrifamilias in propria causa licet. Fidejussor videt & agnoscit, causam debiti esse liquidam & se posse directe conveniri. Nec enim habet beneficium ordinis, quod in Pandectis est incognitum, Novella demum IV. introductum: Videt tamen aliquid exceptionis dilatoriæ, qua solutionem aliquantisper sufflaminare queat; sed in exitu, solvendum esse cognovit, & exceptionem, ut moram temporis, ita sumptus augere cogitat. Est vir bonus & rectus, à curvis ἀμφιλογίαν alienus; solvit, quod solvendum tardius, ocyus esse videt. Solu-

tum repetit à debitore principali. Hic, se debere, non potest negare; sed dicit fidejussori, Tu nimis rotunde & promptè solvisti; poteras effugia quærere & sustinere Creditorem; nam is per imprudentiam suam justum dederat prætextum; non dando Procuratori suo mandatum in scriptis sufficiens; vel dando militem, fœminam, potentiorem, qui per leges dari non poterant. Si per exceptionem hæc ei præscripsisses, non tenerer adhuc ad solvendum. Interim aliquid fieri poterat, mihi pecunia venisset alicunde; Creditor mori potuisset; heres procul aberat; vel etiam creditor sine herede mori potuit; tabulæ novæ publicatæ fuissent; vel simile quid, unde mihi debitum lucrari licuisset, evenire poterat. Hanc spem mihi per Te intercipi non oportuit. Sed an non justa Fidejussoris adversus debitorem replicatio foret? Pudeat te, id genus apices mihi objicere? Quæro, an debeas vel non; Si debes, redde quod solvi pro te; si non debes, hoc demum animadvertas: sed cum debitum agnoscas, eoque per me sis liberatus, quid æquius, quam ut solvas? Candorem meum laudare debuisti, quod jus verum Creditoris, exceptionibus ipsam rem non ferientibus cludere nolui. Planè ab hoc latere, nihil est causæ, cur debitor solutum reddere non debeat, ad cujus solutionem se peremptorie obligatum fuisse fatetur. Adversus fidejussorem sane, qui pro ipso bona fide solvit, quod verè debebat, ejusmodi instantias extremâ iniquitate urgeret, esseque vere illud ipsum, disputare de apicibus juris. Idque à Senatu Burdigalensi judicatum esse *d. 22. Jul.* 1577. testis est Autumnus ad *l. 52. h. t.*

3. Exploremus & alteram respondendi viam. Non opus est, ut tametsi Fidejussorem negemus amittere actionem, quia non usus est exceptione Procuratoriâ, idcirco hanc in universum bonæ fidei minus convenire, vel ad apices juris, quibus sine vituperatione uti non liceat, esse referendam putemus. Sed distinctionem facile ferunt hujusce verba textus: Utrum verè & realiter intersit rei, quod Procurator actoris non sit jure datus, an ad differendum & cludendum unicè comparata sit exceptio. Si enim causa sit dubia, & procurator sit ex potentioribus civitatis, qui τὸν ἥττω λόγον κρείττω ποιεῖν, *detriorem causam favore vel ambitu meliorem facere possit*; nemo reum conventum reprehendet, quod ejusmodi Procuratorem admittere nolit; Imo ne fidejussor quidem, siquidem sciens, eum admisit, in causâ, inquam, dubiâ, fraude carere videbitur. Idem erit, si Procuratori in rem suam, qui actionem multo minoris, quam in eâ sit, redemerit, integrum debitum sciens solverit, cum uti potuerit beneficio Constitutionis Anastasianæ *in l. pen. C. Mandati.* Idemque erit dicendum, si Procurator, qui talem se gessit, nullum habuerit mandatum, quo casu judicium est ipso jure nullum *l. 24. C. de Procurat.* & debitor iterum à Creditore conveniri posset. Verum enimverò si quis ideo Procuratorem quod non habeat mandatum in scriptis, vel scriptum quidem sed non à Tabellione conscriptum, aut aliquo solennitatis defectu laborans repellat, idque per exceptionem, parum abest, quin hæc sit calumnia, saltem ex apicibus Juris est, quibus uti non admodum deceat eos, *quibus inter bonos bene agier* propositum est. Nec aliter in Foro existimari solet, de his, qui adversarios suos, exceptionibus ejusmodi Procuratoriis agitant & vexant, nec omnino facile utuntur iis,

aliter,

aliter, quam in actionibus inimicitiæ causâ motis, vel qui omne suum præsidium, de causâ desperantes, in calumniis & elusionibus ponunt. Nec incredibile Pragmaticis dicam, si Exceptionem procuratoriam hic intelligendam esse dicam, ubi de Procuratore quidem dubitandi ratio nulla est in veritate, sed ubi formæ Legali aliquid deest; cum aliter hodieque procuratoriam Exceptionem simpliciter dictam non accipiant vel exaudiant in nostri fori peritiliis, cordati causarum Patroni. Verum est, Leges non frustra, nec immerito formas illas præscripsisse, quia unumquodque in suâ perfectione ab artificibus præscribi solet & debet, nec est Ars ulla, quæ suis apicibus careat. Attamen omnia, quæ nonnihil inde recedunt, si modo substantia negotii constat, illico rejicienda & proterenda non sunt nec inde quærenda continuo exceptionum materia. Denique, Præclarum in hoc textu, Advocatis & Procuratoribus causarum, ad patrocinium rectè instituendum, exhibetur Præceptum: Male eos & pessime consulere, quod primam officii sui partem, susceptâ causâ, putant esse; videre, numquid detur exceptio ex apicibus juris, quâ intentionem actoris eludere & sufflaminare possint. Non esse gravis causarum Patroni, subtilitates Juris scripti ad usum rapere, in iisque jactare suum acumen & calliditatem; sed nihil quidem omittere, quod ad defensionem justam & masculam pertineat, ut strenui est Advocati, sic omnibus Juris apicibus ad eludendum & distrahendum uti, minimè ex officio Viri boni & Justitiæ sacerdotis est. Judex forte non potest negare suum officium apices Juris urgenti; sed non quicquid à Judice negari nequit, illico ad usum à singulis trahi potest: scopus eludendi & vexandi adversarium remedia juris in se licita facit improba & inhonesta. Definit igitur hujus loci intellectus in sanctissimam gravitatis & synceritatis juridicæ observationem.

Ulpianus Lib. xxxI. ad Edict. & Gajus Lib. 10. ad Edict. Provinc.

Idem Marcellus scribit: Si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit: heres ejus poterit mandati agere. Illum verò, qui mandatum suscepit; si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. Potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret, ad faciendum. Maxime si iam quædam ad faciendum paravit. Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum. **L. 12. §. ult. & l. 13. Mandati.**

1. Justinianus *in l. un. C. ut Act. ab Her. & contr. hered. incip.* refert à Veteribus non fuisse concessum, ut *ab heredibus, vel contra heredes inciperent actiones*, sed illos *rapuisse contractus post mortem compositos.* Atqui in hoc textu uterque Juris-Consultus ponit contractum in tempus post mortem extiturum, effectumque habiturum inter heredes, qui inter ipsos contrahentes non futurus esset obligatorius, aut usum habiturus. Hanc difficultatem, cum alioqui de materiâ *h. §. ult.* collatâ cum *l. ult. in f. d. Solut* magna difficultas moveatur, de quâ nostrum erit agere *ad d. l. ult.* hic præterire non licet. Quomodo enim Gajus & Ulpi-

Ulpianus docere possint, quod Justinianus demum fieri posse constituit, Eunomiâ salva, defficile dictu est.

2. Bachovius omnium primo sibi hanc repugnantiam ab alio nemine motam, in mentem venisse commemorat, *ad Treutl. disp.* 27. *vol.* 1. *th.* 7. *lit.* 6. Anton. Faber *ad hunc* §. meminit quidem *d. l. un.* sed illam adducit, ut probet, hoc genus conventionum in Jure satis esse cognitum. *Neque verò novum est*, inquit, *ut actiones & ab heredibus incipiant & contra heredes.* Quomodo autem non sit novum, quod Justinianum Romani juris ultimum conditorem habet Auctorem, explicare curæ non habet. Sed ita non tollitur, augetur potius Bachovii scrupulus; qui nihil invenit ad solvendam hanc difficultatem, quam fuisse exceptionem, in Mandato de monumento faciendo; ut Hotomannus 2. *amic. resp.* 38. existimat. Sed hoc refellitur verbis Gaji, *in l.* 13. quæ nos cum *l.* 12. §. *ult.* conjunximus, in qua generalis est positio de Mandato post mortem, quæ Bachovius ipse ad monumenti structuram, restringi posse diffidit: huc igitur inclinat, ut verba *post mortem meam*, adjecta videantur à Triboniano, ex *d. l. un.* Quam sequutus conjecturam D. Wissembachius hanc *l.* 13. retulit inter emblemata Triboniani; ne alioqui dicendum sit, Justinianum se falso novi juris Auctorem laudasse, constitutione speciali eâ de re publicata *in d. l. un.*

3. Verum enimvero secundum hanc rationem, innumero plura Pandectarum loca oporteret esse corrupta à Triboniano; quam rem ab oforibus Fabri, ut est Bachovius & Wissembachius, nolim amplificari in Eunomiæ confusionem. Quid enim ejusdem Gaji responso faciemus *l.* 29. §. 1. *h. t. Si servum eâ lege tibi tradidero, ut eum post mortem manumitteres, constitit obligatio?* Quid legi 137. §. *ult. d V. O. Præterea sciendum est: quòd dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus adquirere: sed necesse esse, omnibus adquiri: at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam rectè comprehendi?* Bachovius stipulantis personam tacite comprehensam intelligit, gratis & ex hypothesi arcessitum. Quid Ulpiano *in l.* 45. §. 2. *d. V. O. Si ita quis stipulatus sit*, Post mortem meam filiæ meæ dari? *vel ita*, post mortem filiæ meæ mihi dari? *utiliter erit stipulatus. Sed primo casu filiæ utilis actio competit, licèt heres ei non existat.* Bachovius *utilem*, id est, improprie dictam, ait obligationem nasci. Sed talis, ut apparet, utilis datur filiæ, si non fuerit heres: Ergo, si heres, directe valebit. Nam quod prius dictum est, *utiliter erit stipulatus*, non ad actionem utilem directæ oppositam sed ad valorem utilitatis & efficaciæ, quæ propriè dictis actionibus inest, referendum.

4. Quid ergo nos ad absurditatem? Non puto id egisse veteres, ut prohiberent ne quis suis heredibus consuleret, aut per conventionem disponeret, quid post mortem suam ab alio fieri, præstari vellet: hoc enim æquissimum & juri Naturæ consentaneum quare negassent; Sed improbaverunt, ut aliquis post *mortem suam dari SIBI stipularetur*, vel, ut *aliquis post mortem suam sibi daret* §. *post mortem* 12. *Inst. de Inutil. stipul.* hoc enim paulo minus quam contradictorium putabant; sicut est, si rem *ad literam* reputes. Quis enim mortuus det, vel quid mortuo detur? Posteritas interpretatione laxiori, verborum imperfectioni succurrendum putavit, quod Veteres magis sueti formulis & literis,

teris, adſervati ſunt. Negaverunt igitur, obligationem in alicujus nomen ita *perplexè* conceptam, ut nonniſi poſt mortem *ſuam* adverſus ipſum valeret, eſſe rectam & validam: Non negarunt, Actionem poſſe fundari, quæ poſt mortem contrahentium haberet uſum atque effectum, modò non conciperetur in nomen ſtipulantis, idque unicè in caſum quo ipſe non eſſet futurus *dd. ll.* Ne quidem igitur eò videtur confugiendum, quod Vinnius *d.* §. 12. *Inſt. de Inutil. ſtipul.* aliique monent; A regulâ, quod Actio, quæ non cœpit à defuncto vel contrà defunctum, non incipiat ab herede, vel in heredem, hanc eſſe exceptionem; ſi quis poſt mortem ſuam aliquid mandet fieri. Non eſt hic caſus de regulâ; Proinde nec Exceptio. Illuſtratur explicatio noſtra ex eo, quod regula vetus iſta pertinuit etiam ad Legata; nec enim poterat alicui poſt mortem ſuam vel heredis legari; Cum enim legatum ſit acquiſitio dominii, hæc in perſonam viventis concipi non poterat, in eum caſum, quo mortuus, id eſt, nullus eſſet futurus §. *poſt mortem* 35. *Inſt. de Legat.* ubi ratio novi juris hac parte. Ita nihil difficultatis videtur; nec cauſa Cenſuræ vel Emblematum, ut nobis quidem videtur.

Ulpianus Lib. xxxi. ad Edict.

Unde Papinianus quærit: ſi patronus prædium, quod emerat, pro quo pretii beſſem exſolverat, juſſerit liberto ſuo tradi, ut ille reſiduum pretii redderet, deinde reddito pretio, vendenti fundum patrono libertus conſenſerit: trientis pretium an libertus poſſit repetere. Et ait, ſi mandatum ſuſcepit initio libertus, non donatum accepit, contrario judicio poſſe eum pretium repetere, quod, deductis mercedibus, quas medio tempore percepit, ſupereſt. Quod ſi donationem patronus in libertum contulit, videri & poſtea libertum patrono donaſſe. L. 12. §. 8. *Mandati.*

1. Cenſura Bernardi Autumni: „ Ut corporis bonam habitudinem tumor imitatur ſæpe, ita gravis oratio ſæpe imperitis videtur ea, quæ turget & inflata „ eſt, cum aut novis aut priſcis verbis aut duriter aliunde tranſlatis, aut gravioribus, quam res poſtulat, aliquid dicitur. Ejusmodi eſt ſpecies propoſita „ à Papiniano: quærit enim, an hæc verba, ſi patronus prædium pro quo pretii beſſem exſolverat, juſſerit liberto ſuo tradi, ut ille reſiduum pretii redde„ret, mandatum ſignificent, an donationem. Idem ſcribit, ſi deinde, reddito „ pretio, vendenti fundum patrono libertus conſenſerit, trientis pretium an „ poſſit libertus repetere, & quia quæſtionem non poteſt definire propter am„biguitatem, donationem patronum in libertum contuliſſet fingit, quod ex ſpecie „ propoſita colligi non poteſt, quia verius eſt mandatum eſſe. Deinde addit vi„deri, poſtea libertum patrono donaſſe, ubi obſequium & reverentiam liberti „ donationem interpretatur, quamvis nec ignorans nec invitus quiſquam do„net, ut ex reſcripto Imperatorum Carini & Numeriani intelligere licet *in L.* 10. „ *C. de Donationibus.* Imperium patroni potius quàm libera voluntas apparet li„berti: quia velle non creditur, qui obſequitur imperio patris vel domini, „ ut ait Ulpianus *in l.* 4. *D. de Regulis Juris.* At nemo ambigit obſequium à libe-

 „ris

„ ris & libertis, parentibus, & patronis deberi. Non ergo censetur donasse pa„ trono. sed jussu residuum pretii solvisse animo repetendi; ideo liberto com„ petit actio quod jussu, ex *l. 1. & l. 4. D. Quod Jussu. & l. 6. §. penultimo. D. Man„ dati. Id confirmant verba legis, si patronus jusserit liberto suo tradi.*) aliam ergo „ speciem effingere debuit Papinianus, cui respondere posset definitio certa, „ non ex proposita quæstione rem & verba summovere. Nam cum omnis ex „ re atque verbis constet oratio, neque verba sedem habere possunt, si rem „ subtraxeris, neque res lumen, si verba semoveris, ut eleganter ait Tul„ lius *lib. 3. de Oratore.* Hæc ille. Initium & finis Censuræ ad ineptiam vergunt. Quid enim in stylo & verbis hujus loci arguit Autumnus, quod turgidum & inflatum, quæ vitia à Papiniano sunt alienissima, dici queat? Tum vero Triboniani manum potius argueret, quam facundissimum & tersissimum Papiniani & Ulpiani calamum. Sed ipse nihil hic, quam ex rerum argumentis profert; De quibus etiam sanè miratur Antonius Faber *Ration. in fin. h. t.* Ulpianum & Papinianum præter misisse considerationem hanc; in dubiæ voluntatis quæstione, non esse capiendam præsumptionem ejusmodi ut patronus in libertum donationem contulisse videatur, eo quod odiosa sit donationis præsumptio. Scilicet, ita Faber tamen distinctionem Papiniani probat; Aut patronus jubendo fundum, cujus pretii bessem solverat, liberto tradi, fecit hoc animo donandi, quod solutum erat pretii, aut saltem mandandi, ut solveret trientem reliquum. Si fecerit hoc animo donandi, non negat Faber, inde præsumendum esse, quod etiam vice sua libertus reliquum pretii patrono donasse videatur. Sed ita existimat, in dubio non esse statuendum, quod patronus jubendo fundum tradi liberto, partem pretii solutam illi donatam voluerit, ideoque alteram præsumptionem inde tam facile non fuisse deducendam. Sed Autumnus, nec in primâ specie, id actum videri, ut donaretur, nec omnino eâ de re fuisse ambigendum; nec si maximè in illa hypothesi donatio statuatur, in sequenti facto liberti esse dationem potius quàm obsequium.

2. Responsio ad hanc Censuram est; In primo facto, per quod patronus, qui fundi empti pretium pro besse solverat eundem liberto tradi jusserat, addito, ut is reliquum trientem solveret; magnam esse verisimilitudinem, id quod solutum erat pretii, fuisse donatum. Nam tradendi vox simpliciter posita dominii translationem significat, ut pluribus exemplis probat Brissonius in verbo *Tradere.* Et qui alienat, sive dat consulto, donare videtur *l. 53. d. R. J.* maxime inter personas affectu & necessitudine conjunctas, ut sunt Patronus & libertus, quemadmodum Accursius pluribus exemplis in *Glossâ ad hunc locum* inducit ad probandum. Saltem ut inquirendum esset, an donandi animus adfuisset, justam Papiniano causam in hac specie, absque præjudicio in negativam, fuisse datam, non potest dubitari; nec ideo ob illam probabilitatem sine ratione regulam de præsumptione contra donationem omisisse videtur. Non ait, donationem præsumi sed inquirendum esse, quo animo jussus ille tradendi fundum liberto, sit factus. Jam vero, suppositâ distinctione super animo donandi, & facultate probandi, quod patronus donasset, quid proclivius erat, quam libertam postea permittentem domino Venditionem ejusdem fundi, sine pro-

testari

testatione de triente pretii ab se reddito, recipiendo, voluisse remunerari Patronum? ut hic saltem effectus sit obligationis Naturalis, qua donatarius ad mutuam donationem teneri dicitur *in l. 25. §. 11. d. Hered. petit.* quæ multo validius operari debet in liberto erga patronum, cui se ipsum & pretium libertatis inæstimabile debet; maxime postquam à patrono in hoc ipso negotio tam liberaliter habitus fuerat. Si quis tamen in dubio Mandatum in Prima specie magis esse præsumendum, & proptereà donationem in altera parte hujus exempli minus esse præsumendam putet, ut in hujusmodi rebus dialecticæ positiones stabiliri non possunt; Censuræ tamen argumenti minimè satis est, quia nec Ulpianus & Papinianus illam præsumptionem adfirmant, & res satis est dubia, hactenus ut tanquam dubiæ probationis experimento, quod hoic faciunt Jurisconsulti, committenda fuerit.

Ulpianus Lib. xxxi. ad Edictum.

Si quis mihi mandaverit in meo aliquid facere, & fecero: quæsitum est, an sit mandati actio. Et ait Celsus libro septimo Digestorum, hoc respondisse se, cum Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, ut in hortis ejus, quos Ravennæ habebat, in quos omnibus annis secedere solebat, sphæristerium, & hypocausta, & quædam ipsius valetudini apta, sua impensa faceret. Deducto igitur, quanto sua ædificia pretiosiora fecisset, quod amplius impendisset, posse eum mandati judicio persequi. L. 16. Mandati.

1. Censura Autumni; Lex, *si quis*, est inutilis, *ait*, quia incertum est, hæc verba, *suâ impensâ*, an referantur ad mandantem, vel ad eum, qui mandatum suscepit: Potuit enim mandans hanc gratiam petere ab amico, & tum magis est consilium. Ulpianus igitur interpretationem facit incertam, quia non refert, quibus verbis mandatum conceptum sit. His consequens est, quod scribit Julianus in *l. si pupilli 6. §. si quis D. Negot. gest.* Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis, quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patiatur: Hactenus ille. Sed hæc Censura, utcunque laudata Groenewegio, merè cavillatoria est. Quis enim dubitet, cum quis medico mandat, ut in hortis *ejus*, dictam *suâ* impensâ in usum valetudinis suæ fieri curet, vocabulum *suâ* respicere ad mandantem, non ad mandatarium? Etsi enim in cursu orationis vox, *sua*, latinè ad eum cujus sunt horti, non malè referri posset, natura tamen negotii, & oppositio vocis *Ejus* nullam recipit civilem dubitandi causam. Quid autem sibi vult Accursius glossator, cum sphæristerium explicat *hic*, per *locum herbis amænum*? Et hypocaustum, dicit esse compositum *ex hypo*, id est, *sub*, & *steron*, id est *statio*, ut hypocaustum sit *subterranea statio, æstate bona.* Sic enim loquitur; Risum teneatis amici. Vide, si quis forte non intelligat has voces, Gotofredum *in notis ad hanc l.* Videtur autem Accursius legisse *hypostærium*, quia resolvit compositum in simplicia *hypò*, & *steron*. Cæterum Autumnus ex voce, *sua*, educere hanc regulam; *Qui in sua man-*

m andatu alterius ædificat, non habet mandati actionem, relegandus est ad locum Communem *de Erroribus pragmaticorum*, si modo pragmaticis communiter imputandum, quod Autumno & Groenewegio placet: Id quod lubenter in diversum præsumi velim. Ulpiani doctrinâ nihil æquius, melius est.

Paulus Lib. XXXII. ad Edict.

Non omnia, quæ impensurus non fuit, mandator imputabit: veluti, quod spoliatus sit à latronibus: aut naufragio res amiserit: vel languore suo, suorumque adprehensus, quædam erogaverit. Nam hæc magis casibus, quàm mandato, imputari oportet. L. 26 §. 6 Mandati.

1. Sententiam hujus loci *de Curialitate* non esse observandam, scribit Accursius, *ad h. t.* eamque improbat Autumnus, ut iniquam, & abusu alienam. Idemque censent Groenewegius *ad hanc L.* Zypæus *Not. Jur. Belg. Tit. Mand.* aliterque judicatum refert Mainardus 4. *Decis.* 16. Rationes peti possunt ex *l. 52. §. 4. D. pro Soc. Quidam sagariam negotiationem coierunt. Alter ex his ad merces comparandas profectus, in latrones incidit: suamque pecuniam perdidit: servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit. Dicit Julianus, damnum esse commune. Ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere tam pecuniæ, quam rerum cæterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed & si quid in medicos impensum est: pro parte socium agnoscere debere, rectissimè Julianus probat. Proinde & si naufragio quod periit: cum non aliàs merces, quàm navi, solerent advehi, damnum ambo sentient. Nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.*. Adde, quod Africanus habet, *in l. 61. §. 5. d. Furt. Iustissime Procuratorem allegare, nonfuisse id damnum passurum, si mandatum non suscepisset.* Addens; Etsi casum fortuitum nemo præstat, multo tamen æquius esse, *nemini officium suum esse damnosum*. Quin & Paulus ipse, id agendum esse docet; *Ne damno adficiatur is, qui suscipit mandatum l. 15. h. t.* Et Antonius Faber, quamvis secundum *hunc §.* jus dictum esse refert ad *Tit. C. de Mand. def.* 29. duriorem tamen esse doctrinam hujus loci fatetur *in Rational. ad h. l.* An non enim *satis abundeque est*, ait, *quod incommoda hæc suæ salutis periculo susceperit, quæ nulla satis amplâ mercede ac remuneratione æstimari possunt l. pen. §. 1. d. Donat?*

2. Videtur hæc esse res, ex earum genere, quæ duabus ansis apprehendi, à duobus lateribus adspici possunt. Primum latus illud est, quod exhibuit Censura, quod proinde non opus est denuo repræsentari. Defensio fit in altero. Mandatum est Contractus in societate civili necessarius, *ut quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operæ nostræ, vicaria fides amicorum supponatur. Non enim possumus omnia per nos agere, aliusque in aliâ re magis est utilis; Idcirco amicitiæ comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur*, verba sunt Ciceronis *in Orat. pro Rosc.* Proinde, qui amicum rogat, ut negotium aliquod suum gerat, etsi in rem ipsius ineatur contractus, amicus tamen nihil quam viri boni officium & publicæ utilitatis ministerium præstat. In quo non potest exigere, ut Mandans ad

ad id, quod in nullo contractu præstatur aut exigitur, sit obligatus: ut de omni casu fortuito, qui ipsum divinitus, aut à malis hominibus in exequendo negotio, adfligere posset, teneatur. Casus & fortuna regnant in rebus humanis. Suum quilibet infortunium æquo animo ferre debet. Nec si cui in rebus occupato meis certâ mercede vel amicitiæ causâ, valetudo vel casus gravior, doloris aut detrimenti causam nec opinatam dederit: nec mos, nec ratio, nec æquitas me ad eventum θεῦ βίας, vis aut majoris obligat calamitatis, à Deo vel malis hominibus, ut repelli nequeant, immissæ. Ubicunque simus, quicquid agamus, subjecti sumus casibus & fato, terrâ marique, rebus in licitis aut illicitis versantes, naufragia, latrocinia, morbi nos apprehendere possunt. Horum reparationes aliis imputare, ignoscere fato & sibi, non est hominis æquo animo fortuita ferentis. Secundum hæc; *Casus, mortes, fugæ servorum, quæ sine culpa accidunt, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum à nullo præstantur*, ait Ulpianus in *l.* 23. *d. R. I.* de cunctis scilicet, contractibus. Idemque de Locatione conductione est in *l.* 25. §. *Vis major* 6. *&* *l.* 36. *Locati. De Commodato* idem *l.* 5. §. *Quod vero* 4. *Commodati. Quod verò senectute contigit, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: nisi aliqua culpa interveniat. Proinde & si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquid damnum fatale, non tenebitur. Nisi fortè, cum posset res commodatas salvas facere, suas prætulit.* Imo de ipsâ Societate eodem modo servandum esse sentit & docet Pomponius *in l.* 60. §. 1. *Pro soc. Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est. Impensam quam in curando se fecerit, non consecuturum pro Socio actione, Labeo ait.* Etsi mox in *l.* 61. Juliani sententia in diversum prævaluisse videtur.

3. Sit igitur aliud juris in Societate, secundum objectam *l.* 52. §. 4. non modo propter jus fraternitatis, quod est inter socios, ut ait Accursius ex *l.* 63. *in pr. Pro soc.* sed etiam quod inter socios omnia lucra & damna sunt communia, nisi quæ damna per culpam ejus cui evenerunt, arcessita sunt, idque non modò in societate universali *l.* 73. §. 1. *Pro soc.* sed etiam in particulari: Id enim inter partes actum esse apparet ex *d. l.* 52. §. 4. & discrimen societatis ab aliis exprimit *d. l.* 25. §. 6. *Locati. Vis major, quam Græci θεῦ βίαν, id est, vim divinam, appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quàm tolerabile est, læsi fuerint fructus. Alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem, de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Alioquin partiarius colonus, quasi societatis jure, & damnum & lucrum cum domino fundi partitur.* Omnibus expensis, in eo quod ab initio ex Accursio posuimus, haud immerito acquiescere licet. Etsi defendi potest jus & æquitas hujus loci, quod Mandatarius damnum è casibus fortuitis sibi illatum repetere non possit, magis esse tamen, ut de *Curialitate* servandum non sit; hoc est, ex civilitate, humanitate, generositate. Laudandus sit Mandator, qui amicum occasione sui negotii fideliter administrati adflictum, non modo soletur ob dolorem, sed etiam levet damno, & restituat impensas ultro, ad quas rigor, aut tenor juris publici illum non obligabat. Ita lex absoluta est. Nec puto causam existimandi esse, quod usus fori à jure scripto hac parte dissentiat, etsi aliter Groe-

newegius *hic*. Secundum Jus hujus loci censuisse Collegium Bononiense, in causa Johannis Andreæ Doctoris Canonici refert ipse Autumnus Censor *ad h. l.* cum ille ab Ægidio Cardinali & Republ. Bononiensi missus esset Avenionem, ad Pontificem Maximum ibi tum sedem habentem, cum in reditu non procul à Ticino in prædones incidisset & spoliatus esset, idque damnum à Mandatoribus suis repeteret; Judicatum est contra Johannem.

Ulpianus Lib. VII. Disputation.

In omnibus autem visionibus, quæ propositæ sint, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accipit, vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit: nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta. Tunc enim, propter auctoritatem rei judicatæ, repetitio quidem cessat: ipse autem stellionatus crimine, propter suam calliditatem, plectetur. l. 29. §. 5. Mand.

1. Antonius Faber: *Hujus §. verba certè omnia Tribonianum magis redolent, quàm Ulpianum.* Prima ratio est, à vocabulo *visionis*, quod sit Tribonianæum. Sed hoc jam aliter vindicatum est ad *l. 25. §. Adeo autem d. Hered. petit.* Ratio altera Fabri, Quod hic traditur, ait, jam fuit inculcatum in hac ipsâ *L. §. hoc idem*; Tam otiosa repetitio non sit ab Ulpiano. Sed conferantur textus, diversa reperientur argumenta. Ibi quæritur, an fidejussor, qui solvit creditori, debitore non certiorato, mandati adversus hunc agere possit; quod negatur, si debitor interea creditori quoque solverit, salvâ ei cessione condictionis indebiti, contra creditorem, qui bis accepit pecuniam: quod obiter adjicitur. Hoc §. tractatus specierum diversarum clausulâ generali obsignatur; Teneri quidem Indebiti condictione creditorem; & adduntur limitationes notabiles, minime otiosæ repetitiones, ut Faber: quæ videantur *in textu*. Postremo dicit, omissum esse, quod omitti non debuerat, cui, scilicet, indebiti condictio competat. Credo, si hoc adjectum esset, diceret Faber, ineptum esse hoc adjicere, de quo nemo dubitaret, dare condictionem ei, qui solvisset. Adeo nihil iniqui, Censura quod non detorqueat, oculos effugit. Crisis Haloandrina, quâ in *fine hujus §.* Legit *Calvitatem*, quasi ad corrigendum quod in Florentino mendosum sit, non meretur, ut subsistamus; cum nihil *calliditate* vulgatæ lectionis sit planius & rectius.

Africanus Lib. VIII. Quæstionum.

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum à debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit: quâ significaret: certam summam ex administratione apud se esse: eamque creditam sibi, se debiturum cum usuris semissibus. Quæsitum est: an, ex ea causa, credita pecunia peti possit: & an usuræ peti possint. Respondit, non esse creditam. Alioquin dicendum, ex omni contractu, nudâ pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse: quod, si pecuniam apud te depositam, conve-

venerit, ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Item, quòd si à debitore meo jussero, te accipere pecuniam, credita fiat: id enim benignè receptum est. His argumentum esse: eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset: nihilo magis pecuniam creditam rectè petiturum: & tamen pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore, qui acceperisset argentum. Et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem: ut, quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, præstare debeat. L. 34. *Mandati.*

1. Censura hujus loci est, quod Africanus nimiâ & incivili subtilitate, contra æquitatem & utilitatem publicam, niti videtur. Procurator meas pecunias à meis debitoribus exactas per chirographum habere se fatetur, easque jure crediti penes se fore, sub usuris semissibus, in quod ego consensi. Quæritur, an hæc pecunia, tanquam credita, peti possit, an verò nulla, nisi Mandati actio competat. Posterius adfirmat, Creditum sive Mutuum esse negat, Africanus: Quia Mutuum fit, cum ex meo fit tuum, & Re, id est, Traditione perficitur. Sed pecunia, quam procurator à meis debitoribus exegit, mihi non tradita, nunquam mea fuit, nec est tradita Mutui causâ. Similiter, Rogasti me pecuniam Mutuo; Non habens nummos, lancem tibi argenteam dedi, quam venderes, & pecuniam inde redactam haberes mutuam, Vendidisti & habes pecuniam. Sed & hanc esse creditam sive Mutuam, negat Africanus, quia pecunia ex lance meâ redacta non fuit mea, nec tibi à me tradita, quod in Mutuo requiritur. Attamen fatetur esse Mutuum in hac specie quæ sequetur: Petis à me pecuniam mutuo; non habens pecuniam mitto te ad debitorem meum, ut is tibi meo nomine det, eamque pecuniam tu ut mutuam retineas. Cum in hoc facto, persona tertia interveniat, ac ita major sit circuitus (Nam pecunia primo fingi debet à debitore meo ad me pervenisse, dein à me tibi esse tradita, quæ fictio brevis manus dicitur) quid vetat eandem fictionem habere locum in prioribus exemplis? Consequentiam istam adfirmat Ulpianus in *l.* 15. *d. Reb. Cred.* Quod *in duabus*, inquit, *personis recipitur, hoc & in eâdem personâ recipiendum est, ut cum ex causâ Mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.* Præsertim, quia ratio Africani cessat æque in hoc exemplo duarum personarum, quam in reliquis ejusdem intervenientis personæ; quod scilicet pecunia, non fuerit in dominio creditoris. Communis Interpretum schola & usus Fori præfert Ulpiani sententiam, ut æquiorem & utiliorem; respuit autem Africani subtilitatem & rigorem theoreticum atque incivilem

2. Si quis tamen Africano patrocinari velit, huic ratio non defuerit. Non est in potestate JurisConsultorum, mutare Principia Juris & inflectere ad usum popularem, sed hunc regere secundum principia Juris oportet. Mutuum est Contractus realis, Solâ conventione non perficitur: hac regulâ standum est, quamdiu non probatur exceptio. Datur ejusmodi casus singularis. usu fori exceptus in *Assignatione*, quam vocant, debitoris nostri, à qua pecuniam amicus acceptam habeat creditam. Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis; nec est singulorum in arbitrio JurisConsultorum, novos comminisci casus,

quibus Mutuum sola conventione perficiatur. Id enim si concedatur, futurum est brevi, ut Mutuum fiat contractus, tam conventionalis quam realis, ac ita σύγχυσις terminorum Artis fiet. Fictio brevis manus, quæ diversæ sententiæ obtenditur, non potest hic applicari, quia facultas ad fictionem illam necessaria deficit. Supponit enim illa dominium in eo, qui rem tradidisse fingitur, ut ex inductione casuum illius fictionis liquet, & omnium naturâ fictionum; quæ est hæc, ut id quod fingitur esse factum, fieri potuerit. Atqui, ut is qui non est dominus, tradendo dominium in alium transtulerit, fieri non potuit, imò contradictionem implicat. Ejusmodi autem fictiones non sunt juridicæ, ut in *Prælect. ad tit. π. de Probat. & Præsumpt. sub fin.* demonstravimus. Ego non fui dominus pecuniæ, quam Procurator meus ab aliis exegit & mihi nunquam tradidit; neque sum dominus pecuniæ ex venditione rei meæ redactæ; quomodo igitur fingi possum traditione dominium in alium transtulisse? Porrò, quamvis Africanus Creditum, sive Mutuum in hac specie non esse contendat, aliâ tamen viâ non cessat exitum negotii naturæ & æquitati consentaneum detegere & suppeditare, quem videre licet in Textu. Res igitur in eo desinit, ut ratio neutrum fugiat JurisConsultum; Africani sententia sit Artis; Ulpianus, ad usum accommodatior. Africanus dialecticâ Juris nitatur, Ulpianus utilitate populari præstet. De Conciliatione non laboramus. Antinomias enim ab Eunomiâ nostra separavimus. Si credimus autem Cujacio 8. *Observ.* 8. Fabro *ad hunc* §. Wissembachio *ad tit. de Reb. Cred. n.* 8. & aliis, quibus etiam nos credere non dissimulavimus in *Prælect. ad eund. tit. n.* 4. Conciliationis inter hanc *l.* 34. *& d. l.* 15. exigua spes affulget; cum etiam contra se invicem Auctores ex professo diputent, rationesque suas mutuo refellant

Ulpianus Lib. LXII. ad Edict.

Dolus est si quis nolit persequi quod persequi posset: Aut si quis non exegerit, quod exigere solvere l. 24. *Mandati.*

1. Quis sensus; Si quis non exegerit, quod exigere, solvere? Faber legit, *aut solvere*. Apparet esse concisam locutionem. Subintellecto exigere *potest*, ἀπὸ κοινοῦ si quis non exegerit, solverit, quod exigere solvere potest. Nihil addamus censeo, intelligentibus.

Javolenus Lib. IX. ex Cassio.

Fidejussorem, si, sine adjectione bonitatis tritici, pro altero triticum spospondit, quodlibet triticum dando, reum liberare posse existimo. A reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se à stipulatore licuit. Itaque si paratus fuerit reus quod dando ipse creditori liberari potuit, fidejussori dare, & fidejussor id, quod dederit, (id est melius triticum) condicet: exceptione eum doli mali summoveri, existimo. l. 52. *Mandati.*

Cap-

1. Captatorium, nec satis bonæ fidei videtur hujus L. argumentum. Fidejussor pro debitore tritici in genere, coactus solvere, cum mediocre triticum dedisset, egit Mandati contra debitorem, ut indemnem se præstaret. Hic opponit, Tu infimi tritici pretii solvere potuisses. Quod plus quam pro pessimo opus erat, expendisti, ego non restituam; quia pessimum præstando liberari potuissem; Non debuisti conditionem meam facere deteriorem: Idque recte ab illo excipi, docet Javolenus. Quod displicet Autumno, displicet Gronewegio in *Censur. ad. h. t.* Longe melius, æquius apparet, eum qui triticum debet, sine adjectione bonitatis, ad mediocre dandum obligari, ut in *l.* 37. *in Pr. d. Legat.* 1. scriptum est, Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gajus Cassius scribit, id esse observandum, *ne optimus vel pessimus accipiatur.* Idem est *in l.* 110. *eod. tit.* Sic etiam venditor, qui servum coquum vendidit, medidiocrem cocum præstando liberatur *l.* 18. §. *pen. d. Ædil. Ed.* His consentaneum est, quod in *l. Titia.* 38. §. *Seja.* 2. *d. Aur. arg. leg.* Cum signo dei legato, dubium esset, ex auro, argento, an ære præstandum foret, de Argento tanquam medio responsum est. Hæc forte non abhorreant à notâ, quam Mornacius *hic* applicat Javoleno, ex Plinio *lib.* 6. *Epist.* 15. Javolenum ab eruditis sui temporis habitum esse dubiæ sanitatis JurisConsultum. Et sane, cum fidejussor à debitore repelli non possit ideo, quod exceptione minus honestâ, vel de apicibus juris usus non esset, ut vidimus ad *l.* 10. §. 12. *h. t.* hæc ratio, quod Creditori, cui frumentum, sine expressâ bonitate, non exquisitè pessimum dederit, pro captatoria, & minus honestâ merito habenda fuisse videtur.

2. Ant. Faber distinctione rem expediendam putat. Si debitum generale sit ejusmodi rerum, quæ in genere consistunt, quale est triticum, vinum, oleum, solvi potest etiam quod vilissimum est. Si vero generale debitum sit ex iis rebus, quæ in specie consistunt, ut homo, equus, aliter obtinere. Rationem reddit, quia vinum, oleum & similia, non possunt esse tam nihili, ut non satius sit habere, quam carere; quod in speciebus aliter sæpe se habeat. Sed hæc differentiæ ratio parum stringit τὸ κρινόμενον, quod est; An genus in obligatione positum in dubio ad mediam qualitatem non sit redigendum: Præter quod oleum, vinum, frumentum æque ad speciem & corpora certa in solvendo, quam pecudes hominesque reducuntur: Et pessimi natura non videtur esse melior in his quam in illis, quin oleum, vinum, triticum æquè possit esse tam pravum & putidum ut perinde nullius usus sit, quam bos aut equus. Dicendum potius, statuendum esse discrimen inter ultimas voluntates, & Contractus. In his electio debitoris est, ut quod libet præstet *l.* 32. *d. Condict. Indeb.* §. 33. *I. de Action. verb. Qui causâ plus petit &c.* Favorabilior enim est is, unde petitur, quam petitor *l.* 125. *d. R. J.* Et in dubio sit interpretatio adversus eum, qui legem clarius dicere potuit, id est, Creditorem *l.* 39. *d. Pact.* Sed ultimæ voluntates plenioris interpretationis sunt, ibique Testatoris voluntas inclinat in eum potius, cui rem præstari jussit, quam in eum, à quo aliquid præstari voluit. Nec ejus liberalitas in ludibrium vertenda. Secundum hanc differentiam, Javolenus hic à sani ratione JurisConsulti aberrasse non videtur. Verum est tamen, in *objectâ l.* 18. §. *pen. d. Ædil. Ed.* agi de contractu emptionis venditionis. Et rursus est verum,

rum, temperandam indè hanc positionem, quod debitor generis, infimi pretii speciem præstando, liberetur, hoc modo; si illud infimum haud penitus aut pene sit inutile; quod bona fides in contractu recipi non patitur; Unde rectè Busius *ad h. l.* in ipsis Contractibus hanc rem ita temperandam censet, ut vilissimum quod dicitur & quod datur, ne sit corruptum, penitus aut pene sit inutile, cum hoc viri boni arbitrio & æquitati minimè sit conveniens. Proinde qui se coquum vendere dixit, non defungitur si exquisite pessimum, quem satius sit, ne omnia perdat, non habere coquum, exhibuerit.

Papinianus Lib. III. Responsor.

Salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem rectè petitur, neque judicio mandati, ut salarium tibi constituat. L. 56. §. 3. Mandati.

1. Procurator, qui aliena negotia vel lites Mandatu domini gessit, non potest petere salarium, nisi specialiter & definitâ quantitate sit promissum. Nam salarium incertæ pollicitationis, convenienter Papiniani sententiæ in *hoc* loco, peti non posse, Diocletianus & Maximianus rescripserunt *in l.* 17. *C. h. t.* Quod adeo visum est alienum à ratione & æquitate, ut usus Fori & Interpretes, inde, sine hæsitatione recesserint, quod multâ auctoritate probat Groenewegius in *ad d. l.* 17. Adeo quidem, ut Procuratores litium salaria prorsus etiam non promissa non modo petant, sed etiam prærogativâ petendi utantur, non egentes re judicatâ, sive processu judiciali, ut habet notissima judiciorum consuetudo. Busius noster ad hanc *l.* 56. idcirco Juris civilis sententiam mitigavit, & propius ad usum seculi flectit, monens intelligendam esse hanc *l.* 56. §. 3. *& d. l.* 17. de casu, *quo mandans simpliciter pollicitus est, se gratum fore. Cæterum, si serio,* inquit, *pro officio, aut operâ præstita pollicitus sit mandans, se daturum quod justum foret, ex hac conventione, utiinnominata, præscriptis verbis actionem esse docet.* Idque Probat *l.* 22. *d. Præscr Verb.* ubi *Si tibi polienda, sarciendave vestimenta dederim: si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio: si verò mercede data, aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quòd si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data, aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit: places, quasi de novo negotio, in factum dandum esse judicium, id est præscriptis verbis.* Sed hujus loci argumentum non videtur Busius rectè Mandato cuilibet, in genere & hujus loci imprimis applicuisse; Loquitur enim de facto, quod locari solet, quod suâ naturâ mercedem recipit. Neque enim ex mandato, sed elocatione conductione res ibi transit in actionem præscriptis verbis. Cum hujus loci negotium sit gratuitum, adeo respuens mercedem, ut ne quidem certæ pollicitationis & quantitatis, Mandati actione peti possit, sed ex stipulatu vel extra ordinem *h. l.* 56. §. 3. *& l.* 1. *C. h. t.* Quæ proinde remedia de incerto salario non dantur; sed opus esset actione mandati, ut salarium certum nova stipulatione constitueretur, quod fieri non posse docet hic Papinianus. Nec præscriptis verbis actio ex

ex *d. loco*, ut dictum, bene probatur. Ejus argumentum requirit negotium, quod æquè subjectum locationis conductionis, quam Mandati esse queat, ut est facti species in *d. l.* 22. ubi termini habiles mercedis sint in eâdem conventione, & ubi merces, inquam, peti potest ex uno eodemque contractu qui ex locatione in contractum innominatum transformatus est. Quid ergo? Divortium Legis & Usus? subtilitas Theoretica incivilis & dura, quam merito seculum repudiat? Nihil horum, censeo; Leges agunt de Mandato amicitiæ causâ suscepto, non à Procuratoribus publicis ad lites administrandas constitutis, quibus etsi Jure Civili incognitis, secundum ejus rationem tamen salaria non promissa extra ordinem adjudicanda existimo, per *l.* 1. §. 10 *&* 11. *d. Extraord. Cognit.* De cæteris hodieque nec aliter receptum puto, quam illis non deberi salaria, nisi specialiter & definitè promissa. Quid enim? Amicus peregre te rogat, ut fit, quo res ejus hic loci cures. Promittit, non defuturum se gratitudinis officio, daturum se, quod æquum visum fuerit. Re peractâ, reddit honorem verborum, agere & habere se gratias profitetur. Tu vero, Mandati judicio convenire vis eum, quo incertam & vagam pollicitationem, bene certam efficiat & pecuniam præstet, verbale convertat in reale complementum. Non potes, ut puto: Natura negotii, pudor amicitiæ reluctatur. Vel si Judices hodie dent actionem, ego Juris Civilis gravitatem, officiorumque & amicitiæ sanctitatem præferre non dubito, & Censuram pragmaticorum facile sustinebimus, quia salarii Petitio consistere debet extra fines Mandati. Petere deberes actione mandati ut salarium tibi constituat: tum potest hoc fieri per actionem, cujus natura verè sit gratuità.

Paulus Lib. IV. Responsor.

Ille illi salutem. Mando tibi, ut Blæsio Severo, adfini meo octoginta credas, sub pignore illo, & illo: in quam pecuniam, & quidquid usurarum nomine accesserit, indemnem rationem tuam me esse, ex causa mandati, in eum diem, quoad vixerit Blæsius Severus, præstaturum. *Postea sæpe conventus mandator, non respondit. Quæro, an morte debitoris liberatus sit. Paulus respondit, mandati obligationem perpetuam esse: licet in mandato adjectum videatur, indemnem rationem tuam esse, ex causa mandati, in eum diem, quoad vixerit Blæsius Severus, præstaturum. l.* 59. §. 5. *Mandati.*

1. Iniquum esse judicat Autumnus, obligationem usque ad diem certum conceptam, contra mentem Contrahentium, facere perpetuam, ut heic Paulus statuit, eum qui pro Blæsio Severo adfine, spopondit indemnitatem in eum diem, quoad vixerit Blæsius Severus, etiam post mortem Blæsii adfinis teneri. Quod utique expresso consensui & bonæ fidei repugnare videtur: Ideoque laudat Censuram Autumni Groenewegius *ad h* §. Accursius varias habet responsiones, quæ merentur commemorari; sunt enim valde juridicæ considerationis. Primo ait, Mandantem etiam post Blæsii mortem teneri, quia tempus non est modus finiendæ obligationis. Ideoque dari actionem quoque post mortem, sed Credito-

ditorem exceptione repelli, juxta doctrinam Justiniani *in* §. At *si ita* 2. *I. decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes*; & pure *facta obligatio intelligitur, & perpetuatur, quia ad tempus non potest deberi*: *Sed heres petendo, pacti exceptione submovebitur*; quod firmatur ex. *l.* 44. §. 1. *vers. Placet. d.* O. & *A.* Secundum hæc, Paulus de subtilitate juris antiqui, obligationem non nisi perpetuam agnoscentis duntaxat; non de finali Juris Civilis sententiâ & effectu rei, locutus fuerit. Verum non manet in hac interpretatione Accursius: *Sed inherens verborum tendiculis*, ait Autumnus, *mutavit sententiam*; & recte, ut videtur, Accursius sine aucupio vel tendiculis verborum. Paulus enim de liberatione verâ & reali, non de subtilitate elusoriâ quæstionem proponit, ut *in* §. *praced.* Præsertim, quia Mandatum, de quo hic agitur, est ex judiciis bonæ fidei, quibus exceptiones ipso jure insunt *l.* 3. *d. Rescind. Vend. l.* 21. *Solut. matrim.* Ideoque Juris Consultus exceptionem, si illam ex adjectione temporis, locum habere putasset, sub hoc ipso judicio compelexus fuisset, nec idcirco Mandantem, si exceptione tutum credidisset, ad indemnitatem creditori præstandam teneri scripsisset.

2. Secunda igitur Accursii responsio est, Mandantem quoque post mortem teneri, quia mandator, vivente debitore, fuit in mora, per *l.* 14. §. 2. *d. Constit. pec.* ubi, qui certam personam constituit esse fidejussurum, si in morâ sit, etiam post ejus mortem tenetur. Mandatorem autem hic fuisse in morâ, patet ex verbis, *postea sæpe conventus non respondit*. Cum etiam una interpellatio opportuno loco facta debitorem in morâ constituat *l.* 32. *d. Usur.* Cui accedit, quod mora obligationem rei etiam peremptæ perpetuat *l.* 23. & *sequ. l.* 91. §. *sequitur* & §. *ult. d. V.* O. Sed Antonius Faber recte animadvertit, Paulum inde rationem non petere, quod mora commissa sit ex post facto; sed quod ipsa Mandati obligatio ita concepta fuerit, ut perpetua esset, in verbis, *Paulus respondit, Mandati obligationem perpetuam esse*. Præter, quod in mora fuisse mandatorem, superstite Blæso, non est certum, quia verbum *postea*, non recusat ad tempus post Blæsi mortem referri. Non placet igitur secunda Glossatoris responsio.

3. Tertio Accursius. *Vel melius*, inquit, *Tenetur etiam post mortem, quia promisit, se satisfacturum in vitâ debitoris*; *Unde quasi ad diem promiserit, tenebitur etiam post mortem h. l.* 59. §. 2. *secundum Azonem*. Sed hæc responsio magis adhuc à re videtur esse aliena; quorsum enim referemus verba, *quoad vixerit Blæsius Severus*? Non possunt, nisi ad usuras referri. Ut Mandator se pro debito simpliciter obligaverit, ad usuras autem, quoad viveret adfinis suus Blæsius. Et hæc Antonii Fabri est sententia, cui nos quoque subscribimus: Idem hoc acute animadvertit; Cum Mandator se in pecuniam & usuras obligaverit, *quoad vixerit* debitor, nonnisi post mortem Blæsii conveniri posse. Quod si verum sit, fieri non posset ut ejusdem morte liberaretur. Unde necessarium dictu est, Mandatorem vivo jam Blæso fuisse obligatum: Sed quia tamen res non patitur, ut limitatio expressa, *quoad viveret Blæsius*, otiosa videatur: dicendum est, Usurarum obligationem cum vitâ adfinis, cui vellet consultum, esse finiendam eoque verba, *quoad vixerit Blæsius*, unice referenda. Cæte-

terum, ultima textus verba satis languida nihil addentia novi, Fabro adjecta videntur ab imperito interprete. Sane, si Pauli sint, meliori jure quam pleraque *D. Antonii Matthæi, disp. fundam. x.* ad locum frigidarum, inertium & principia petentium αἰτολογιῶν referri posse videntur. Magis tamen est ut à Paulo esse videantur. Nec omnino iners & otiosa videri debet clausula, sententiæ prius concise positæ complexionem fusius & clarius exhibens, ut hæc se prodit.

Scævola Lib. 1. Responsor.

Ad eum, qui uxorem ducturus erat, litteras fecit tales: Titius Sejo Salutem. Semproniam pertinere ad animum meum cognovisti. Ideoque cum ex voto meo nuptura tibi sit: velim, certus sis, secundum dignitatem tuam, contrahere te matrimonium. Et quamvis idoneè repromissuram tibi Titiam matrem puellæ dotem sciam: tamen & ipse, quò magis conciliem animum tuum domui meæ, fidem meam interponere non dubito. Quare scias, quodcumque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide jussisse, salvum te habiturum. *Atque ita Titia, quæ neque Titio mandaverat, neque ratum habuerat quod scripserat, dotem Sejo promisit. Quæro, si heres Titii ex causa mandati præstiterit, an actione mandati heredem Titiæ convenire potest. Respondi, secundum ea, quæ proponuntur, non posse. Item quæsitum est, an nec negotiorum gestorum. Respondi, nec hoc nomine Jure agere posse. Palam enim facere Titium, non tam Titiæ nomine, quàm, quod consultum vellet, mandasse. Item, si maritus adversus mandatorem ageret, an aliqua exceptione summoveatur? Respondi, nihil proponi, cur summovendus sit. L. 60. §. 1. Mandati.*

1. Si *hunc* §. ob elegantiam verborum, ob quam Mornacius se ad illum scribere fatetur, à nobis hic collocari non debuit, Groenewegii Censura causam præbeat, qui hodie è casu hic proposito & ex ratione Juris Negotiorum gestorum actionem dari non dubitat: Non quod aliter constitutum aut moribus specialiter de hoc genere Negotii secus receptum sit, verum per ea quæ scripserit, ad *l. 1 C. de Negot. gest.* ubi sic ait; *hodie tantam esse omnium rerum caritatem, ut omnem fere donationis causam præclusisse videatur,* in eamque rem plures citat, qui hac quidem de re non egerunt. Vult dicere, si Titius contra sponsæ matrem Dotis promissæ ream agere non possit, oportet eum ex liberalitate animoque donandi emisisse literas Mandati, quod minime sit præsumendum. Sed nimia est arrogantia, quâ magistri Censores illi utuntur; Hæc sane ratio est, quâ pietas, affectio, studium amicis, amicabus bene consulendi tollatur, excludatur ex animis hominum τῶν νῦν ζώντων, ut ait Plato, nunc viventium; propterea quod omnium rerum magna caritas; Quid si nimia sit vilitas omnium rerum? hæc sæpe major, quam caritas, est causa paupertatis, ut nostrâ compertum fuit memoriâ. Sed nugæ Censorum, an facetiæ. Titius in his literis efficaciter indicat, se novæ nuptæ Semproniæ ex animo bene velle. Sponsum jubet esse securum de Dote promittendâ, ἐξ αὐτοκινήτου; *ultro & instinctu amoris* pro

 prio,

prio, cujusmodi affectiones si locum amplius in hujus seculi vitâ, propter rerum caritatem, non inveniunt, næ genus humanum Diis multo magis invisum & execrabile, quam fuerit olim, factum oporteat. Saltem in his triginta, quibus magna fuit omnium rerum vilitas, annis, contrarium rursus obtinuisse, Groenewegius, credo, fatetur. Adde quæ diximus *ad l. 44. d. Negot. gest.* & securus esto de Censurâ, etiam cum Moribus hodiernis comparatâ: quod ad rationem quidem Groenewegii attinet.

2. Nam alioqui, non nego, cum Fidejussores non modo rogati, sed etiam ultro alienam obligationem fide sua esse jubentes habeant actionem, Negotiorum scilicet gestorum *l. 18. §. 1. ff. Mand.* videri inexpectatum ex ipsa Juris Civilis ratione, quod in hac specie non detur eadem actio fidejussori. Cum enim Dotis dictio sit proprium Titiæ matris sponsæ negotium, ut ipse Titius harum auctor literarum supponit, quod nec ipse transfert in se, verum quod fide suâ esse jubet, quæ est ipsa fidejussionis formula §. 7. *Inst. de Fidejuss.* non videtur æquum, ut jus fidejussionis tralatitium ipsi negetur, & heres Matris, quæ per ipsius solutionem, dotis obligatione liberata est, non teneatur ad restituendum, quod reverâ pro illâ solvit. Responsionem sustinet, pietas & testata palam affectio Scriptoris harum literarum, erga Semproniam Sponsam, cui quod consultum vellet, non ut Titiæ matris nomine se obligaret, ad has literas scribendas adductus est. Quod igitur solvit, in eo pietati & affectui erga Semproniam obsecutus, non animum repetendi à Titiâ, induisse videtur: Hunc enim si habuisset, illam affectus eximii contestationem, nonnisi dicis gratiâ & per jactantiam præ se tulisse videretur: Quod de Viro bono & gravi nullo modo sit præsumendum. Huc faciunt, quæ de negatâ, pietatis respectu, expensarum repetitione commentati sumus ad *d. l. 44. d. Negot. gest.*

3. Postremo, Concisa locutio *in h. l. Consultum vellet*, ab Holoandro suppletur, *sibi Consultum*; melius, ni fallor *Semproniæ Consultum*.

Scævola Lib. x. Responsor.

Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita: Σείῳ Τιτίῳ χαίρειν· ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω, τὸ ὑπὲρ πατρὸς, καὶ τὸ ὑπὲρ πατρὸς υἱῶν πραγματεύεσθαι, δίχα τὸ τινὰ ἐπιτροπικὴν αἰτεῖν· εἰ δὲ δεῖ καὶ τοιούτου τινὸς, ἐπιτρέπω σοι, περὶ πάντων ἐμῶν, ὡς θέλεις, πραγματεύσασθαι· εἴτε πωλεῖν θέλεις, εἴτε ὑποτίθεσθαι, εἴτε ἀγοράζειν, εἴτε ὁτιοῦν πράττειν, ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν· ἐμοῦ πάντα κύρια εἶναι τὰ ὑπὸ σοῦ χειρισθέντα ἡγουμένου, καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντος σοι πρὸς μηδεμίαν πρᾶξιν. *Id est:* Titio filio suo S. Ego quidem secundùm naturam esse existimo, pro patre & patris filiis negotiari sine aliqua concessionis inquisitione. Si autem necessitas alicujus talis erit: concedo tibi de omnibus meis, ut vis, negotiari: sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcumque operari, ut domino enti meorum: me omnia firma esse à te facta existimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. *Quæsitum est, si quid non administrandi animo, sed fraudulenter alie-*

alienasset, vel mandasset, an valeret. Respondi; eum de quo quæreretur, plenè quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse. Item quæro: an, cum Sejus magistratu functus, debitor extitisset, Lucius Titius eo nomine conveniri possit, vel res ejus obligatæ essent, propter verba epistulæ suprascripta: Respondi, neque conveniri posse, neque res obligatas esse. L.60.§.ult.Mandati.

1. Versio latina hujus epistolæ Græcæ est inelegans & obscura, & abest à multis exemplaribus. Aliam demus, censeo. *Sejo filio S.D. Ego quidem naturæ consentaneum existimo, ut cum Pater res liberorum & filii res patris administrant, ab iis mandati exhibitio ne petatur. Si quid autem ejusmodi usu veniat exigi: Ego tibi res meas, sicut vis, omnes tractare permitto, sive aliquid vendere, vel pignori obligare, emere, vel quicquid agere velis, quasi qui sis dominus rerum mearum. Nam quicquid à te factum fuerit, rectum & ratum existimabo, nec ulli negotio à te gesto contradicam.* Qui scripsit has literas, deinde alienationem vel obligationem fraudulenter à fratris filio factam revocare, nec ratam habere voluit. Quæritur, an rescindere possit, quod à fratris filio actum, gestum, alienatum est? Adfirmatur à Scævola: Quod merito iniquum videatur & contra mandatoris ipsius obligationem, Quanto rectius huic objicietur, quod non tam fratris filius, quam se ipse deceperit, ut ita reus absolvatur *l. 26. d. R. Vind. l. 16 §.2. d.liber.cauf.*? Præsertim, cum addiderit Patruus in literis suis, *ὡς θέλεις ut vis*: quibus verbis etiam illicitæ, vel saltem domino improbatæ rei potestas, utique, si mandantis solius præjudicium spectes, contineri videtur. Hinc, cum fideicommissum ita relinquitur, ut restituat heres, *quibus vult*, etiam indignum præferri posse, Ulpianus ex sententiâ Marcelli scribit *in l. 24. d. Legat. 2.*

2. Ad hanc Censuram, primo respondemus, quod ad obligationem & præstationem mutuam, inter Patruum & fratris filium attinet, parum esse difficultatis, cum hic quidem fraudis convictus, verbis Patrui fiduciam de fratris filio, quem ut filium suum adspexit, eximiam præferentibus, à dolo purgare se nequeat, sed tanto majori pudore, si frontem non perfricarit, illum suffundi oporteat. Semper enim procurator, qualis hic est, cum liberâ potestate licet constitutus, bonam fidem præstare debet *l. 16. in pr. h. t.* eademque in omni contractu requiritur. *l. 4. C. de O. & A.* Sed major est *ἀναθεώρησις*, respectu eorum, quibuscum Sejus contraxit & quibus res vendidit; an Patruus acta gesta cum his, & alienata retractare possit? Ita videtur hic Scævola velle: quia *non valere* dicuntur acta; Et quod ad tertium hujus rei sanctio quoque pertineat, è versu subjecto, ubi quæritur, an Respubl. ex eo, quod *Sejus τέκνον* gessit, actionem adversus Patruum habeat, liquere videtur. At si hic ea quæ fraudulenter cum aliis gesta sunt, improbare possit, non potest non videri manifesta injuria inferri illis; qui Mandato Patrui amplissimo decepti cum Sejo contraxerunt. Quid est æquius, quam hos Patruo objicientes audire; Tu Sejo Τέκνῳ tuo liberam dedisti potestatem contrahendi, alienandi. Contraxit, alienavit ille; quod illum facere posse liberrime, vidimus ex epistolâ tuâ; Quâ fide in contractu usus sit, ignoravimus, nec id scire potuimus; Nos de ejus perfidia non querimur. Si tu querendi causam habes; age contra illum: Nos autem, quibus nihil imputari potest, fac missos.

3. Conferamus ad hujus rei dijudicationem, quid hac de re inter eos, qui Magistros & Institores negotiationibus præposuerunt, & hos qui cum illis contraxerunt, juris sit. An si præpositi fraudulenter aliquid gesserint & contra fidem præpositionis, Domini teneantur. Inde enim ad Mandatum commode argumentum duci posse videtur. Idque magis ex usu fuerit, explicari, quod superius, etsi ab Autumno Censuræ subjectum, non est tractatum. De Institoribus ita proditum est; Illos si vel minimum limites suæ præpositionis egrediantur, ut hic Mandatarium fines mandati egressum Scævola statuit, non obligare præponentes. Nam Qui præpositus ad vendendum, non ad emendum, is præponentem, non nisi ex facto venditionis, obligat *l. 5. §. 11. & 12. d. Institor. act. Non tamen omne quod cum institore geritur, obligat eum, qui præposuit: sed ita, si ejus rei gratia, cui præpositus fuerit, contractum est, id est, duntaxat ad id, cui eum præposuit. Proinde, si præposui ad mercium distractionem, tenebor nomine ejus ex empto actione. Item si fortè ad emendum eum præposuero, Tenebor dumtaxat ex vendito. Sed neque, si ad emendum, & ille vendiderit: neque, si ad vendendum, & ille emerit, debebo teneri. Idque Cassius probat.* Idem est in *l. 1. §. 12. d. Exercit. Act. Igitur præpositio certam legem dat contrahentibus. Quare si eum præposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet: quòd fortè ipse locaverat, non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantùm, non ad exigendum: idem erit dicendum, si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem præstet, vel contrà, modum egressus, non obligabit exercitorem. Sed & si, ut certis mercibus eam locet, præpositus est, puta legumini, cannabæ, ille marmoribus, vel alia materia locavit: dicendum erit non teneri, quædam enim naves onerariæ, quædam (ut ipsi dicunt) ἐπιβατηγοὶ, i.* vectorum ductrices, *sunt, & plerosque mandare scio, ne vectores recipiant. Et sic, ut certa regione, & certo mari negotientur. Ut ecce, sunt naves, quæ Brundusium à Cassiepa, vel à Dyrrachio vectores trajiciunt, ad onera inhabiles. Item quædam fluvii capaces, ad mare non sufficientes.* Autumnus sententiam istorum locorum damnat, eâdem ratione quâ in *hanc l. 60. §. ult.* Centura stringitur. Ait, Legem Præpositionis servandam esse à domino & Magistro vel Institore, non à Creditoro, qui emendi vendendi potestatem illos habere existimat, quos publice videt vendere ea genera mercium, quas alii solent emere; *Neque decipi debent*, addit, contrahentes. Putat etiam aliter respondisse Proculum in *l. 8. Quod cum eo qui in al. pot.* ubi servus mutuis pecuniis dandis & pignoribus accipiendis præpositus obligat etiam dominum, ex hordei negotiatione, licet dominus se teneti negaret ex eo, cui servum non præposuisset. Verum quod ad hunc locum attinet, ibi compertum erat, dominum id evidenter esse passum, ut etiam alias res ageret servus, adeo ut in omnibus eum substituisse videretur; Unde recte dominum à Præfecto annonæ condemnatum fuisse, judicat Paulus *in d. l. 8.* Censura igitur Autumni non videtur esse justa in textus illos, de Magistris & Institoribus, quia non modo ipsis non licuit egredi terminos mandati & præpositionis suæ; sed etiam qui cum illis contraxerunt, cum scirent, illos in rebus alienis versari, in qualitatem præpositionis & mandati, quo muniti essent, inquirere debuerunt. Sed an inde jam satis tutò, ex illis textibus ad hanc Censuram

suram argumentari licebit? Imò, non videtur eadem esse ratio in hac *l.* 60. §. *ult.* quia si maximè contrahentes inquisiverint in tenorem præpositionis, quam Seius habuit à Patruo suo, exhibito ejus Mandato, non potuerunt aliter in animum inducere contrahentes, quam illum plenissima instructum esse potestate vendendi. alienandi: Quà si abusus sit, hæc inter ipsum & Patruum sit animadversio; Extraneis præjudicare non debet.

4. Propius ad rem & contra argumentum à Magistris & Institoribus ad hanc censuram facit; quod præponentes omnino etiam tenentur ex eo, quod præpositi malâ fide in rebus suæ præpositionis egerunt, imo quod deliquerunt. Sic Ulpianus ex Labeone *l.* 5. §. 8. *&* 9. *d. Instit. Act. Idem ait, si libitinarius, quos Græcè νεκροθάπτας, i.* mortuorum sepultores, *vocant, servum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem: quamvis & furti, & injuriarum actio competeret. Idem Labeo ait: Si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta præsenti, ut per dies singulos eis panem præstaret, conturbaverit: dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat.* Quid ni Mandans igitur fratris filium rebus suis tam effreni cum potestate præficiens, ex eo quod ipse fraudulenter adversus ipsum egerit, cum id lateret contrahentes, teneatur? Male me habet, quod Interpretes à me inspecti, non dicunt sententias super hoc, an verba Scævolæ, quibus *Respondi,* inquit, *eum de quo quæreretur, plene quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse,* solummodo respectu mandantis & Mandatarii, an vero etiam quod ad contrahentes attinet, intellexerit. In priore sensu nihil est difficultatis. Posterius tamen ad Scævolæ mentem pertinere videtur, ut jam diximus; Quia proposuit Quæstionem, *an valeret,* quod actum est. Cui negativa responsio applicita, nihil quam non valere quod actum fuit, colligendum relinquit; Ac ita quod contractum, quod alienatum est, nullius momenti habendum; quod firmatur inquam, è versiculo sequente, ubi Quæstio similiter ad tertium pertinet, ut jam dicere occupavimus.

5. Definamus igitur in hoc; Procuratorem cum liberâ potestate constitutum, habere tamen hanc limitationem Mandati sui perpetuam, ut Dolus malus absit; Quo commisso & cessante Mandato, non posse valere, quod actum est, integramque Domini esse causam: Contrahentes pro bonâ fide suâ non habere quidem actionem contra Mandantem, teneri quoque ad restituendum quod emerunt, sed omni cautione indemnitatis servatâ, quam bonæ fidei possessores in Jure merentur. Ad argumentum à Magistris & Institoribus erga præponentes suos ex *d. l.* 5. §. 8 *&* 9. *d. Institor.* respondebimus, id non procedere contra Mandantes, respectu Procuratorum. Qui magistros & institores præposuerunt, quasi in officio illos collocârunt publico, ut in Naves atque Tabernas publicè mercaturam exercerent; In quâ re si malitia illorum adversus præponentes commissa divideretur à negotiis ipsis; ut contrahentes actionem non haberent, si fidem dominis suis non servassent, ea res, Mercaturam, cujus merito summa cura habetur, confunderet & turbaret. Plane eandem Institorum & Procuratorum non esse rationem Ulpianus idem docet in *d. l.* 5. §. 10. *Sed*

 & cum

& cum fullo peregrè proficiscens, rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cujus profectionem vestimenta discipulus accepisset, & fugisset: fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin verò quasi institor, teneri eum. Plane si adfirmaverit mihi, rectè me credere operariis suis: non institoria sed ex locato tenebitur. Nota, ex mala fide præpositii fullonem non teneri, SI QUASI PROCURATOR FUIT RELICTUS: SIN VERO QUASI INSTITOR, TENERI EUM. Argumentum igitur ab Institore Magistrove ad Mandatarium non procedit. Hoc tamen concedendum est, si Mandatarius sive Procurator in ipso facto bene servaverit fines Mandati; sed ex post facto fraudem Mandatori fecerit, hoc non infringere vel labefactare, quod cum Tertio gestum est; eoque referendum puto, quod Sandius habet in *lib.* 3. *Decis. tit.* 2. *defin.* 3. cujus hæc est inscriptio; *Universitatem teneri solvere pecuniam, ab Administratore suo, ex speciali Mandato, mutuo sumptam, licet ea pecunia non sit conversa in rem ipsius universitatis.* Secundum hanc facti speciem, accipienda sunt verba, quibus utitur in ratione reddendâ Sandius, *Creditori*, qui *secutus est Universitatis mandatum & bona fide credidit, fraudi esse non debere malam fidem Mandatarii*; quod alioqui nostræ hypothesi, ut supra vidimus, æquè applicari posset, nisi aliter hic Scævola & ratio à nobis reddita inferret.

6. Est & aliud hoc loco non omittendum. Doctoralis fertur distinctio Procuratoris omnium bonorum simplicis & cum liberâ; quam divisionem cum aliis recentioris ævi Interpretibus, supervacuam esse credidimus in *Posit. ad h. t. à pr.* ita scilicet, ut procurator *cum* liberâ describitur à Justiniano in §. *Nihil autem* 42. *I. de A. R. D.* Cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuit à Domino, quâ de re diximus ad *eundem Tit. Inst. n.* 40. Habet autem usum illa distinctio in Quæstione, de Alienatione faciendâ per Procuratorem. Hanc fieri posse volunt à Procuratore omnium bonorum cum liberâ, non æquè à simplici Procuratore. Sed qui distinctionem improbant, ita volunt; Procuratorem omnium bonorum posse alienare, siquidem evidens domini utilitas ita postulet, aliter non posse, tam qui clausulam liberæ potestatis habet in mandato suo, quam simplici mandato ad omnia bona instructus: Ut pote, cum Mandatum ad omnia bona non limitatum aut restrictum, pro libero, & infinito habendum sit, juxta regulam, quod indefinitæ propositiones æquipolleant universalibus. Sed *hujus* §. inductio facit, ut inter ipsos Procuratores ad omnia bona, cum libera potestate datos, sit distinguendum. Vel ut dati sint cum liberâ potestate *administrandi* duntaxat, ut *in d.* §. 42. vel cum potestate etiam alienandi, ut in hac *l.* 60. §. 1. Qui prioris sunt generis, non videntur alienare posse *l.* 63. *d. Procurat. l.* 16. *C. eod.* nisi ex speciali mandato alienandi rem vel res, aut nisi evidens Dominorum utilitas ita postulet, de quo casu accipienda sit *l.* 58. *d. Procurator. l.* 9. §. 4. *d. Acquir. R. D.* Sed qui ad omnia bona dati sunt, cum alienandi potestate generaliter, vel ita pro lubitu disponendi, quasi Dominus esset, ut in hac *l.* 60. §. 1. fit; de tali non est ambigendum, quin etiam sine probatione tam evidentis utilitatis, qualis in aliis requiritur, valeat alienatio; modo non facta sit cum animo fraudandi, qualis in Mandato

dato omnique bonæ fidei contractu semper exceptus & prohibitus intelligitur.

Paulus Lib. XXIII. ad Edict.

Societas coiri potest vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione, l. 1. in pr. pro Soc.

1. Censura. Quomodo sub conditione? Cum Justinianus demum suâ Constitutione fecerit, in *l. ult. C. h. t.* ut Societas sub conditione contrahi posset? Ergo hæc verba *sub conditione* à Triboniano oportet adjecta fuisse, quod censet D. Wissembachius *Emblem. Tribon. ad h. t.* Magis est, ut tametsi hac de re disputatum fuerit inter veteres, adfirmantium tamen, sub conditione Societatem rectè contrahi: prævaluerit opinio, idemque Paulus senserit. Cur enim sub conditione minus, quam ad tempus, vel ex tempore? Nam quod Wissembachius hanc è Cujacio rationem reddit, quia in societate dominium transfertur *l. 2. h. t.* ut fingeretur intervenisse mancipatio, quæ ut actus legitimus non recipiat conditionem *l. 77. d. R. J.* idem de tempore dicendum fuisset, quod non magis recipiunt actus legitimi, quàm conditionem *d. l. 77.* Quin & in venditione dominium tacitâ mancipatione transferebatur; nec tamen unquam dubitatum est, quin Emptio venditio rectè sub conditione fieret. Ego mihi persuadeo, dubitationem veterum non fuisse de conventione super ineundâ communione, de quâ hic agitur. Sed de reali & actuali initio Societatis, quod cum res sociorum è continenti communes faciat, *l. 1. & l. 2. h. t.* conditio aliquid contradictionis implicare videbatur. Sed Justinianus Traditionem & Dominii translationem in societate non magis putavit respuere conditionem, quam alios actus qui dominium Traditione transferre solent *l. 38. §. 1. d. Acquir. poss.* Confer ea quæ diximus ad *l. 4. d. Servit. sub fin.*

Ulpianus Lib. XXX. ad Sabinum.

De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare sociis sufficiat, ut, si facere ille non possit, nihil ultra sociis præstet: an verò indemnes eos præstare debeat, & puto, omnimodo eum teneri ejus nomine, quem ipse solus admisit. Quia difficile est, negare, culpâ ipsius admissum. Idem quærit an commodum, quod propter admissum socium accessit: compensari cum damno, quod culpa præbuit, debeat. Et ait, compensandum. Quod non est verum: Nam & Marcellus libro sexto digestorum scribit: si servus unius ex sociis, societati à domino præpositus, neglegenter versatus sit: dominum societati, qui præposuerit, præstaturum: nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno: & ita Divum Marcum pronuntiasse. Nec posse dici socio, Abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis. *l. 23. Pro Socio.*

1. Quæstio hujus loci est; An socius, negligentiam quibusdam in rebus admissam

missam cum industriâ in aliis adhibitâ, damnumque & lucrum à se datum compensare possit: Quod negat Ulpianus in *hac L.* 23. Sed Hujus L. sententiam pronuntiant abrogandam esse Magistri Censores pragmatici, Autumnus & Groenewegius *ad h. l.* Mornacius etiam ad *l.* 26. *h. t.* quæ est ejusdem sententiæ, putat, hanc esse subtilitatem, quæ trahit aliquid ex iniquo. Tametsi Paulus ab Ulpiano dissentiendi facilis, fit in eadem cum illo, sententiâ *l.* 25. *h. t.* quod magnum est præjudicium veritatis & æquitatis adversus hanc Censuram. Etsi contra Pomponius sentire videtur in *l.* 11. *d. Negot. gest. Si negotia absentis & ignorantis geras: & culpam, & dolum præstare debes. Sed Proculus, interdum etiam casum præstare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novicios coëmendo, vel aliquam negotiationem incundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur: lucrum verò absentem. Quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum; absens pensare lucrum cum damno debet.* Eandem, ut videtur, Pomponii sententiam refellit Ulpianus, ex auctoritate Marcelli in *hac l.* 23. Attamen Pomponius habet suffragium Cujacii & Mornacii, & reliquorum, qui nihil æquius putant, quam dictum Marci Imperatoris, quod tamen Paulus, Ulpianus & Marcellus hic negant habere locum; *Abstine commodo, si damnum petis*: quo tamen nihil magis secundum Naturam esse videtur, juxta illud decantatum, *Secundum naturam est, Commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda l.* 10. *d. R. I.*

2. Defensio Marcelli, Ulpiani & Pauli consistit in hac ratione, quod Socius, aucta societate per industriam suam, nihil aliud fecit, quàm ad quod tenebatur, ut communi studeret utilitati, cujus ipse partem ferret; quo animo & instituto contractus initus fuit. Nec inde quicquam præcipui à socio vindicare sibi poterat. Quod non venit in petitionem vel in exceptionem, id nec compensari posse manifestum est *l.* 1. *& seqq. d. Compensat.* Quod vero sciens per culpam dedit damnum, hoc socio præstare cogitur, idque peti ab illo potest. Cum quo non recipit compensationem, quod nec, inquam, peti neque per exceptionem, seorsim retineri potest; quemadmodum fieri non posse de lucro per industriam socii acquisito ultra suam partem intelleximus. Compensatio est debiti & crediti reciproci contributio *d. l.* 1. *d. Comp.* Hic vero non est utrimque debitum & creditum: Est ab una parte duntaxat; ratione culpæ admissæ; non est debitum reciprocum ex industriâ adhibitâ, quam sine perfidia omittere non poterat socius. Non magis igitur damnum culpâ datum compensari potest cum lucro ex debita socii diligentia quæsito, quam pœnæ delictorum, cum meritis virtutum præmiis compensantur. Videtur hæc res eodem fere modo comparata, quo diximus ad *l.* 26. §. 6. *Mand.* distinguendam esse rationem humanitatis & *Curialitatis, ut* loquitur Accursius, à jure perfecto. Hoc non admittit compensationem; illa vero suadet & commendat, ne socius a socio, qui industria sua pluribus in rebus auxit societatem, imprudentiæ vel negligentiæ culpam seorsim exigat & luere cogat, ut de Jure postulare potest. Hanc Juris, non *Curialitatis* Accursianæ rationem, hujus loci Auctores recte sequuti sunt, rejectâ Pomponii sententiâ; quem reverâ in hac quæstione dissensisse, verba Ulpiani dubitare non patiuntur.

3. Et

3. Et cum idem Pomponius in *d. l. 11. d. Negot. gest.* in simili specie compensationem adferat, non dubitant Censores inter hanc *l.* 23. §. 1. *& d. l.* 10. Antinomiam esse confessam. Aliter statuit Anton. Faber, qui ut Ulpiano, Paulo & Marcello compensationem negantibus patrocinatur, ita negat in *d. l.* 11. dissentire Pomponium, quia longe sit alia species in *d. l. si negotia* 11. Nam in eâ *non fieri compensationem lucri cum damno, quia non erat illud lucrum debitum absenti, ab eo, qui negotia ipsius gessit, cui nec gerendi officium debebat.* Cessare ita rationem, quam diximus esse in *hac l.* 23. quod socius industriam, quâ lucrum prius accessit, deberet socio, non æque negotiorum gestor absenti amico. Sed vereor, ut hæc responsio sufficiat tollendæ contrarietati: Quippe, cum negotiorum gestor hoc ipso, quod se rebus alienis miscet, ad exactissimam diligentiam teneatur §. 1. *in fin. d. Obl. ex quasi contra.* Ideoque frustra suam imputat industriam, quâ, si aliter usus fuisset, obnoxium se negotiorum Domino reddidisset. Non videtur igitur hic melior esse compensandi causa, quam in societate. Tamen ut se textus habet in *l.* 11. nec ego necesse puto, ejus sententiam accipere ut contrariam huic *l.* 23. §. 1. Nam in *d. l.* 11. lucrum & damnum, tam industriâ quam culpâ servi socialis contractum, in uno eodemque negotio usu venit. Servis novitiis emendis, aut in aliâ quapiam negotiatione, res ita exiit, ut è quibusdam decem lucratus sit, ex aliis octo perdiderit. Compensatione facta, *duo lucri* supersunt. Quid est æquius & rectius? Nec in ipsâ quidem Societate credo, aliter Ulpianus, Paulus & Mercellus senserint. Ipsi vero in hac *l.* 23. de societate *simpliciter* agunt, de quâ Pomponius idem voluisse videtur, etsi diversæ fuerint negotiationes, quod illis merito displicuit; Cum unaquæque negotiatio seorsim consistat, & separatim æstimanda veniat, tam industriæ, in communem utilitatem, quam culpæ ratione, quarum illam debuit, hanc luere cogitur. Ita videtur & Eunomiæ & Antinomiæ consultum.

Ulpianus Lib. xxx. ad Edict.

1. Si non fuerint partes societati adjectæ: æquas eas esse, constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes, vel tres habeat, alius unam: an valeat? Placet, valere, si modo aliquid plus contulit societati vel operæ vel cujuscunque alterius rei causa. l. 29. in pr. Pro Socio.

1. Si verum est, quod plerique statuunt Interpretes, in Societate, quando nihil secus convenerit, æquales lucri & damni sociorum esse partes, proportione Geometricâ, ut, qui plus pecuniæ contulit, etiam plus lucri & damni percipiat, idque rationes Eunomicæ & Philosophicæ omnino exigant, ut juxta alios omnesque fere Juris Interpretes statuit summus philosophiæ Civilis magister Grotius in *lib. 2. de jur. B. & P. c. 12. n. 24.* hic textus non bene se habet, cum docet, Pactionem inter socios, de partium inæqualitate, valere, si modo aliquid plus ab altero collatum sit societati, aut pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei causa. Nam si verum est, quando nihil convenit de partibus,

ſpectandum eſſe tamen, quis *ſociorum* plus altero contulerit, non poteſt idem ad pacti ſuper inæqualitate, *valorem* requiri. Verum hoc utique valere oportet vi ſola pacti, cum alioqui nihil inter ſocietatem ſimpliciter & cum pacto inæqualitatis initam intereſſet. Sed ego ita exiſtimo non eſſe dubium, quin Ulpianus hic per partes *æquas* intelligat, viriles & arithemeticè æquales; opponuntur enim æqualitati geometricæ, quæ eſt, ut prout quiſque plus contulerit, etiam plus ferat lucri, quæ comparatio in textu eſt evidenter: Et quam nos hoc argumento adſtruimus; Propoſitio, quæ præſcribitur, quando convenit, ut partes ſint inæquales, hæc locum non habet, quando nihil de partibus eſt dictum: tunc enim conventio de partium inæqualitate nullum haberet uſum & effectum. Atqui hæc proportio, ut qui plus contulit, plus percipiat, tantum præſcribitur in caſum, quo de partium inæqualitate convenit, hac *l.29. in pr. & l.6. eod. tit* Ergo non habet locum in ſocietate ſimpliciter contracta; ſed in eâ ſimpliciſſima inæqualitas, ſine reſpectu ad diſparitatem collationis, obſervanda erit. Idque leges velle ſatis indubitatum eſſe puto; nec aliter opus eſt accipi Juſtinianum in §.1. *De Societ.* Etſi Tribonianum ibi diverſum ab Ulpiano in *d. l.* 29. *pr.* & Pomponio in *d. l.6.* exiſtimaſſe, putat Thomaſius in *ſchol. ad poſit. noſtras d. tit. Inſt. de Societ.*

2. Sed tum ratio nobis reddenda fuerit, quomodo illa Juris Romani ſententia, ſi hoc modo accipienda eſt, cum Eunomiâ conveniat. Id enim ingente præjudicio damnat Schola Communis, etiam Grotius, ut dictum, & ipſe Ariſtoteles. Verba Grotii, *loco citato*; In ſocietate negotiatoriâ, *inquit*, ubi confertur pecunia cum pecuniâ, ſi pecuniæ æquales ſint, æquales eſſe etiam oportet partes in damno & lucro: Sin fuerint inæquales, partes quoque fient pro ratâ, quod Ariſtoles ſine VIII Nicomachicorum ſic extulit; *Ε'ν χρημάτων κοινωνίᾳ πλείω λαμβάνουσιν, οἱ συμβαλλόμενοι πλείω. In ſocietate pecuniariâ plus accipiunt, qui plus contulerunt.* Atque idem habebit locum, ſi operæ aut æquales aut inæquales conferantur. Sed & opera cum pecuniâ, aut cum pecuniâ & operâ conferri poteſt, ut dici ſolet;

Par pari datum hoſtimentum eſt, opera pro pecuniâ.

Hæc Grotius, idemque tantâ vi rationis urgent plerique, ut ægre ferant, eſſe qui hac parte diſſentiat, & quaſi contra torrentem nitatur: Adeò, ut nec Juris Civilis eſſe quam diximus, ſententiam ullo modo videri patiantur. Etſi non deeſſe tamen Juris Romani Interpretes, ita, ut à nobis collocatum eſt, ſentientes, antehac probavimus, nominatim Connanum in *lib.* 7. *Comment. c.*19. *n.*5. & Tuldenum *ad h. t. C. n.*3. Ariſtotelem equidem nihil erres, ſi hoc modo accipias, ut idem ſentire videatur cum Pomponio in *d. l.6. h. t. Si ſocietatem mecum coieris ea conditione, ut partes ſocietatis conſtitueres ad boni viri arbitrium ea res redigenda eſt, & conveniens eſt viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus ſocii ſimus: veluti ſi alter plus operæ, induſtriæ, pecuniæ in ſocietatem collaturus ſit.* Scilicet, ita conſulendum eſſe velit etiam Ariſtoteles, quando contrahentes hoc animo, ne partes eſſent æquales, convenerunt in ſocietatem: Æquum eſſe ita conſuli. Faciendum verò ita neceſſario nihil eſt quod imperet: Quia plerumque fit, ut cum pecuniæ diſpar eſt collatio, non diſſimilis ope-

operarum disparitas inveniatur. Nec omnino aliter etiam ex ipsius philosophiæ civilis ratione se rem habere posse probavimus, in *lib. 2. de Jure Civit. sect. 6. c. 4.* Ratione potissimum duplici: Primâ, quod illa comparatio lucri & damni, cum proportione collationis operarum vel pecuniæ, sine Viri prudentis arbitrio, ὡς ὁ φρόνιμος ὁρίσειεν, ut Arestoteles loqui solet, fieri non possit: Ac ideo facti sit, non juris; cum si hæc esset natura societatis simpliciter initæ; juris eam rem esse oporteret. Altera sit ratio; quod Juris Interpretes, qui æqualitatem geometricam urgent, eam pecuniæ respectu inprimis obtinere volunt. De operis non recusant, si nihil sit dictum, harum causâ, non oriri partium inter socios inæqualitatem. Atqui operarum & pecuniæ, parem inter socios habendam esse rationem, patet ex hac *l. 29. §. 1.* nec aliter in hac Quæstione dissentientes docent, & loquentem modo Grotium audivimus. Sic igitur existimemus, nec Ulpianum in hoc loco aberrare ad Eunomicis rationibus; neque sententiam communem & Grotianam esse præferendam ei, quod Juris Consultos de sociali Æquitate sentire demonstravimus, idemque ex hac *ipsâ l. 29.* confirmatum vidimus, & videbimus amplius *ad. L. sequentem.*

Paulus Lib. VI. ad Sabinum.

Mucius libro quartodecimo scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi. Neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto: neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita: ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur: & ejusdamni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. L. 30. Pro Soc.

Justinianus Augustus.

Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit: æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia. De illa sanè conventione quæsitum est, si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conventio. Quintus Mutius contra naturam societatis talem pactionem esse existimat, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia prævaluit) contrà sensit: quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit, conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri

cri partem ferat, de damno teneatur, quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse §. 2. *&* 3. *Inst. de Societ.*

1. Mirum est, Mucium Scævolam, auctorem se tulisse tam incivilis sententiæ, qualem ei Servius Sulpicius in *l.* 30. adscribit. Non posse ita convenire, ut inæqualis lucri & damni partes à sociis recipiantur. Quid enim æquius, quam, si inæqualis sit opera sociorum, melior ejus conditio sit, cujus opera longe pretiosior est, quam alterius, imperiti forte negotiationis, de qua Societas inita est, quam rationem Justinianus ex Sulpicii sententiâ Mucio, ut videmus, opponit? Cujus adhuc absurdior à Servio proponitur opinio *in h.l.* 30. verum ita, ut alii Sulpicium Mutio injuriam fecisse putent; *Ex rationibus Servii Sulpicii, quibus ille Mucium refutare conatur, colligo, eum mentem Mucii non fuisse adsecutum*, sunt verba D. Wissembachii ad *Tit. Inst. de Societ. n.* 8. *in fin.* Censuræ non una species. Mutius Scævola primo arguitur ineptiæ, quod de Jure Quæstionem deciderit, in eam sententiam, quæ de facto nullum usum aut intellectum habeat. Rursus, Calumnia Servii Sulpicii notatur, quod Mucium reprehenderit, quem non intellexerit. Postremo, ipsa decisio Textuum præscriptorum ut Æquitati, & naturæ Societatis adversa, Mutii rationibus urgetur. Videamus omnes simul, attamen distinctè.

2. Mutius Scævola fertur existimasse, non valere Societatem ita contractam, ut aliam damni, aliam lucri partem alter ex sociis ferat. Servius hanc quæstionem, de facto nullius usus esse dixit, ut Mutius cum umbrâ suâ luctatus sit: Quæstionem enim de lucro partiendo, non habere locum inter socios, nisi post deductionem omnis damni, ut nihil quam merum lucrum supersit. Vel si contra se res habeat, quando post deductionem omnis lucri, nihil quam damnum superest. Ut de comparatione lucri & damni, utriusquisque majorem partem, ante finalem & liquidam computationem, ferre debeat, quæstio locum habere nequeat. Sed unicum ejus usum esse, quando post universam computationem, lucrique & damni compensationem, summa lucri vel ejus damni, quod reliquum est, alterutrius scilicet, liquet. Hoc tum eo modo dividendum, ut vel singulis æqua pars, vel inæqualis, ex pacto tribuatur. In eo conveniebant Auctores; sed Mutius putabat, quæ proportio lucri Sociis placuisset, eandem & in damno servandam; non ut simul utraque proporrio concurreret, sed ex eventu dijudicaretur. Non posse ita convenire, ut, si decem lucri in reliquo invenirentur, alter haberet duas partes; si vero decem forent damni, partes æquas singuli haberent. Hoc Sulpicius merito & Justinianus improbarunt, eâ ratione, quod unius opera præ altero, facile tanti esse posset, quantum in illo discrimine lucri & damni, contineretur. In hoc igitur vera discrepantia *Mutii* à reliquis constitisse videtur, quod ille convenientiam lucri & damni putaverit esse naturalem Societati. Sed in calculo & compensatione lucri & damni, non est verisimile, Mucium à cæteris dissensisse, quod tanto JurisConsulto indignum fuisset. An igitur Servius hoc ei per injuriam vel imperitiam adfinxit? Nec id quidem verisimile videtur; nec habetur in textu: Magis est, ut Servius Mucium

cium per partes refutaverit hoc modo; Tu putas, non posse aliam lucri, aliam damni partem esse inter socios. Atqui comparatio lucri & damni vel intelligitur in tractu Societatis, vel in ejus exitu. Priore modo non potest fieri, ut alter altero plus minusve lucri vel damni habeat, ut dictum. Posteriore sensu, nihil vetat, pactum valere atque subsistere propter rationem modo dictam. Mucium in hoc fuisse, ut in priorem sensum traheret quæstionem, non dicit Servius Sulpicius, nec de viro juris prudentissimo talis error, negotii, in quo versatur ignorantiam implicans, præsumi potest.

3. Unum adhuc superest explicandum. Justinianus in *d.* §. 2. refellens Mucium, confirmat hoc, quod nos ad *l. præced.* demonstravimus; Conventionem de partibus inæqualibus, niti fundamento disparis collationis à sociis factæ, si non pecuniæ, saltem operarum, nec adeo sine tali disparitate collationis valere conventionem de damno & lucro inæquali, ut olim Azo contra Johannem rectè disputavit, ejusque sententiam Interpretes *Communiter* sequi, testatur Vinnius in *comment. ad* §. 2. *Inst.* nominatim Gomez. 2. *var. Resol.* 5. *n.* 5. Wesemb. *parat. h. n.* 5. Christinæ. *Vol.* 3. *Decis.* 51. Verum huic sententiæ post alios, opponit se Vinnius *ibidem*, cujus rationes, cum id quod ad *l. præced.* disputavimus, oppugnent, breviter examinandæ sunt. *Primum*, inquit, *rationis esse videtur, ut expressa Conventio operetur ultra naturam ordinariam Contractus arg. l.* 23. *d. R. J.* Atqui hanc ordinariam esse naturam Societatis, ut pro dispari collatione, sint etiam partes lucri & damni inæquales, supponit ut indubitatum; quod cum nos aliter se habere modò probaverimus, primum hoc argumentum labitur. *Deinde*, Vinnius, *Apertè huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est in* §. 1. *I. h. t. si partes expressæ fuerint, has servari debere.* Imò *Respondetur*, Justinianus in *d.* §. 1. sic ait; *Si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur.* Quod *si expressæ fuerint partes, hæ servari debent.* Æquales partes sunt viriles. Primam igitur Justiniani positionem generaliter accipiamus oportet. Quoties de partibus nihil est dictum, id egisse videntur Socii, ut partes lucri & damni in capita sociorum dividantur. Expressæ dispares verò servari debent; quatenus *sæpe quorundam ita pretiosa est opera in Societate, ut eos justum* sit, *conditione meliore in societatem admitti*, ut in §. *sequ.* uno contextu orationis, & in eodem quæsiti genere subjicitur. Quod autem Moribus hodiernis, servari, contra quam nos de jure disputavimus, adserit ex Wesembecio Vinnius, suo loco & rerum periculo committimus.

Ulpianus Lib. XXXI. ad Edictum.

Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam præstare socium oporteat, quæritur. Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: Socios inter se dolum, & culpam præstare oportet. Si in coëunda societate (inquit) artem operamve pollicitus est alter: veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quærendus

rendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa præstanda est, pretium enim operæ artis est velamentum. Quod si rei communi socius nocuit, magis admittit, culpam quoque venire l. 52. §. 2. Pro Socio.

1. Quæstio proposita est è facilioribus, quid socii inter se invicem præstent. Responsio est, dolum & culpam esse præstandam; culpa scilicet, levi intellecta; quia vertitur utriusque utilitas. Idque ampliatur, etsi alter operam ex pacto debeat; quia pretium pro operâ accipit id est, lucrum. Ac ita adhuc utriusque commodum vertitur, Nam *prætium operæ artis est velamentum.* Videtur hæc aliquid acuminis habere sententia Ulpiani, sed de sanâ explicatione verborum laboratur. Species facti satis indicat, quis sensus esse debeat horum verborum, PRETIUM OPERÆ ARTIS EST VELAMENTUM. Est species Societatis quotidiana, cum agrum damns poliendum, *seu meliorandum*, ut vulgo, hac lege ut operarius Partem fructuum ferat: vel pecus datur pascendum, ut lac, pilus, lana, fœtus dividantur inter dominum & pastorem; est idem juris de culpæ præstatione, quod esset, ubi res utrimque conferuntur. Hæc positio firmatur illâ ratione, *Pretium enim operæ Artis est velamentum.* Cum opera & Ars sit idem in hac specie, Haloander legit, *operæ & Artis:* Et rectè hoc sensu, ait, *Gotofredus*; Qui boves pastori dat, animo societatis contrahendæ rem ipsam præstat; pastor autem operam, hæc societas valet. Nam *velamentum*, id est, *præstatio collatioque operæ & artis, prætium est*; Perinde est, acsi pretium pastor conferret: quippe industria ejus ac opera vicem prætii præstat. Hæc Gotofredus pro, & ex Haloandro. Sed explicatio *Velamenti* pro vicariâ collatione operæ & industriæ non congruit verbo; sensus explicationis est bonus, sed ad literam non descendit, ut Accursius ait. Æque durum est, quod Budæus apud eundem Gotofredum, velamentum accipit pro τιμὴ τῆς τέχνης, æstimatione sive pretio Artis. Præter enim, quod barbarè sic vocem sumi ipse fatetur, est petitio Principii, & prædicatio *identica*; Pretium operæ est Artis velamentum sive *Æstimatio*. Nam ut opera & Ars sunt idem, sic pretium & velamentum, idem forent, duplici *identismo*. Meliore sensu alii pro *velamentum*, Legunt, *hostimentum*, id est, Retributio, teste eodem Gotofredo. Sed modestior & lenior est mutatio illorum, qui pro *velamentum* legunt, Levamentum, ut Cujacius, hoc sensu, quod pretium operæ, sit Artis retributio; Ut tantundem valeat opera & pecunia. Alii denique pro *velamentum* legunt, *æquamentum*, ut idem Gotofredus ex Hotomanno & Avellano refert. Postremo Anton. Faber ait, se mirari, nemini in mentem venisse, pro *Artis* uti legerent *Partis*, satis apto sensu: Æstimationem operæ quam alter confert, velare, id est, supplere defectum partis in collatione reali. Quæ forsitan ex omnibus, Emendatio commodissima sit. Charondas ad *hunc locum*, negat tamen opus esse emendando; verba sensum habere justum, hoc modo. *Pecunia supplet & velat, quod in arte vel opera deest.* Sed hanc esse *pessimam*, nomini parcens, expositionem adfirmat Gotofredus. Et est sane alienus ille sensus à connexione loci. Nam pretium operæ adscribitur ei, qui pecuniam non confert, sed operam duntaxat, cujus æstimatio sit loco pecuniæ. Vix est, ut plus proficiat Contius, qui *velamentum*, idem esse putat, quod *Velatura* Varronis, dicta pro mercede transvectionis nautæ da-

tæ datâ. Charondas ad *h. l.* monet apud Varronem legendum esse *vecturam*, non *velaturam* ad *h. l.* quia præcedit à *vehendo*. Sed ut velatura in illo sensu aliunde incognita est, ita velamentum illuc trahere, ne Varrone quidem auctore fiat.

2. Quid ergo tandem? videamus fultis & nos an sine emendatione defungi liceat. Quæstio in textu est; Cur, ubi unus artem operamque præstat, alter socius non præstat, prior tamen ad culpam teneatur, cum alterius utilitas hactenia solummodo verti videatur. Ratio redditur, *quia pretium operæ, Artis est velamentum.* Non est quod socius alteri imputet Artem, quasi nulla esset utilitas sua, sed alterius tantum; quia pretium operæ velat Artem & facit, ne Arti aliquid præcipuum tribuatur. Pretium operæ est participatio lucri quod is, qui operam confert, percipit; Hæc est velamentum Artis, quia facit, ne Ars præferri & venditari possit. Mihi videtur hic sensus civilior & acutior esse, quam ullâ inferatur emendatione: Et sententia proverbialis erit, quâ & in similibus uti licebit. Ne qui pretium operæ accepit, Artem suam beneficio imputet; sed pretium ejus velamentum esse cognoscat. Talis usus & elegantia non videtur inesse in ulla Emendationum. Acutior est Accursii explicatio secunda; quæ punctum vult poni in medio sententiæ; *Pretium enim opera. Artis est velamentum.* Non absurdo, nec à priore absimili sensu; Non est, quod socius ob Artem operamve suam à culpâ excusetur. *Pretium enim operæ.* Æstimationem operæ percipit in communione lucri, quæ est pretium ejus. *Artis est velamentum*, sive prætextus. Pretio imputato, Ars nihil quam prætextum ei præbet. Non recedimus tamen à priore intellectu. Lector habet restibilem eligendi copiam. In eo, satis constat, non esse rationem, quod Glossa non intelligens, quid sit *politor* in textu, Legit *pollicitor*, vel *pollicitator*. Nemo jam nescit, politorem esse, quod diximus, eum, qui agrum *polit* & meliorem reddit.

Ulpianus Lib. xxxi. ad Edictum.

Idem respondit: Socius, qui cessantis, cessantiumve portiones insulæ restituerit, quamvis aut sortem cum Certis usuris intra quatuor menses, postquàm opus refectum erit, recipere potest exigendoque, privilegio utetur, aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere, ad hoc, ut consequatur, quod sua intererat. Finge enim, malle eum magis suum consequi, quàm dominium insulæ. Oratio enim Divi Marci idcirco quatuor mensibus finit certas usuras, quia post quatuor dominium dedit. L. 52. §. 10. *Pro socio.*

1. Autumnus; *Quod Papinianus respondit in hoc* §. *nullam habet rationem; quia iniquum est, socium ob refectionem in communem rem factam, alterius dominium consequi, & oratio Marci Antonini Imperatoris, quæ id sancit, impiissimum tyrannum fuisse ostendit. Ideo Haloander addit negationem & legit* NON *consequi.* Sed hanc meritò ut absurdam emendationem rejicit Anton. Augustinus *lib.* 4. *Emend. c.* 17. Quid vero movet Autumnum censorem, ut tam horrendum intonet, improbissimæ tyrannidis arguendo Imperatorem Philosophum, & omnium, qui Romæ vixere, præstantissimum? Fuit, ut hinc liquet, Constitutio Divi Marci, non

non relata in Corpus Juris, observata tamen, ut testatur Philippus in *l.* 4. *C. de Ædif. Privat.* & fuit hujus sententiæ. Si communes fuerint ædes, alterque socius ad refectionem conferre detrectet, alter refectionem solus perficere potest. Partem autem impensarum repetet, cum usuris certis, ut bis in *h. l.* 52. §. 10. habetur, cum *centesimis*, ut est *in d. l.* 4. Unde quidam & hic pro *certis* legunt *centesimis*. Idque intra quatuor menses; diutius usuræ non currunt. Elapsis quatuor mensibus, Lex addicit ei pro impensis, dominium partis ejus, qui reficere noluit: Ut tamen si malit impensas & id quod interest sua, quàm integrum domus habere dominium, Pro socio actionem in id quod interest, post quatuor menses adhuc movere possit, etiam, ut Faber rectè disputat, cum usuris opinor, centesimis. Hæc fuit Constitutio, Divi Marci, quam tyrannicæ crudelitatis arguit Autumnus. Immerito ac insulse, credo etiam inconsideratè, Antoninum accipiendo forte pro Caracalla Antonino, qui vere fuit impiissimus tyrannus, cum Marco nihil fuerit sanctius & sapientius.

2. Quid ergo movit Imperatorem Philosophum, ut socium ob negatas impensas restitutionis ædium, condemnaret in usuras Centesimas, quarum rarissima præstatio est, & deinceps rei suæ dominio mulctaret? contra Antonini Pii rescriptum, quod nemini jus suum esse auferendum declarat in §. *ult. Inst. de His qui sui vel al. jur.* Defensio Marci non est difficilis; Ex justâ causa, non est insolens, propter delictum, vel utilitatem publicam, jure dominii sui aliquem privari ut idem Antoninus Pius in *d.* §. *ult.* ipse docet. Ejusmodi ratio duplex est in hac causâ. Nam Juris Romani auctores summo studio id egisse, ne domuum ruinis occasio daretur, satis constat. Quo respectu jam olim Lex XII tabularum negavit domino vindicationem tigni sui ædibus alienis juncti §. *cum in suo* 29. *I. de Rer. divis.* Cui accedit, ratio Communionis, quâ socius socium cogere non potest, sed prohibentis potior est conditio, ut vidimus ad *l.* 28. *Comm. divid.* Hæc res domus communes necessitate ruinarum fere involveret, facili inter socios dissensione, super refectione communibus impensis faciendâ: Proinde vigore publicæ Constitutionis succurrendum fuit integritati urbium, curandumque, ne facilitas dissensionis inter socios, utilitati publicæ domuumque refectioni noceret. Ex ejusmodi causâ, aliquid pœnale constitui, summam habet rationem; nec à prudentibus in periculum Censuræ vocabitur. Servari tamen hanc Divi Marci Constitutionem, usu nostri temporis, non habeo quod neganti Groenewegio *ad l.* 4. *C. de Ædific. Privat.* in diversum probem. Etsi in locis, in quibus Romanum jus exactè servatur, cur observanda non sit hæc Constitutio, causam non video: Nec videt Brunnemannus ad *h. l.* 52. *& ad tit. C. de Ædif Privat. n.* 26. Quamvis, *ait*, hunc acquirendi modum in desuetudinem abiisse, velint Molinæus *de Usuris n.* 57. Garcias *de Expensis C.* 19. *n.* 14. Groenewegen *ad h. l.* huic tamen opinioni adsurgendum non est. Et ad *h. l.* idem Brunnemannus: Quod Groenewegius canit, hoc nihil ad nos, inquit. Nam licet forte Centesimæ usuræ hoc casu non amplius admittantur, commissio tamen dominii non est pro abolitâ habenda, ut probat Thomas Merkolbachius inter Consil. Klockii *vol.* 2. *Consf.* 67. *n.* 13. *& seqq.* Hæc Brunnemannus; Cui non gravate adsentiar. Quid vero cautionis, de facto, socius; ut constet, alterum

terum contumaciter & præfracte noluisse concurrere ad refectionem ædium necessariam, adhibere debeat, ipsa res satis indicat.

Ulpianus Lib. xxx. ad Sabin. & Pomponius Lib. XIII. ad Sabinum.

Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quæsitum est, in societatem non oportere conferri, palam est: Quia delictorum turpis atque fœda communio est. Planè, si in medium collata sit, commune erit lucrum. Quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quàm si damnatus sit. Si igitur ex hoc conventus fuerit, qui maleficium admisit, id quod contulit, aut solum, aut cum pœna auferet. Solum auferet, si mihi proponas, insciente socio, eum in societatis rationem hæc contulisse. Quòd si sciente, etiam pœnam socium agnoscere oportet. Æquum est enim, ut, cujus participavit lucrum, participet & damnum. L. 53. l. 54. l. 55. Pro soc.

1. Bona atque honesta oratio est, Delictorum esse turpem atque fœdam communionem *l* 53. *&* 55. *h. t.* Sed non minus est difficile, perfecte esse justum, ut ultima primis respondeant, quod in his locis fieri non videtur. Nam quod socius ex causâ turpi in societatem contulit, sive ignaro, sive sciente socio, id fieri commune, testatur Ulpianus hic. Et rursus, si maleficii auctor condemnatus sit ad restitutionem, socius alter quod percepit, hoc etiam restituere cogitur, & quidem simplum, si bonæ fidei fuerit; cum pœnâ, si gnarus delicti, collationem admiserit. Hæc non videntur esse Eunomica: Nam si delictorum turpis & fæda, sicut est reverâ, communio; turpia lucra non deberent ingredi societatem, nec quidem si turpitudinis ignarus sit alter socius. Aut si deinde rescivisset, reddere deberet ei, ad quem res jure pertinet, & cui per injuriam ablata fuit pecunia; Ne honesta interpretatio, non honesto quæstu lucrum possessori faciat, ut de simili casu philosophatur Hermogenianus in *l.* 52. *d. Hered. petit.* ad quem locum *supra* diximus. Rursus, cum ea, quæ in societatem collata sunt, pro parte transeant in dominium alterius socii, quo jure, delicti reus ad restituendum condemnatus ei quem fraudatus est, suam partem socio, maxime si fuerit ignarus maleficii, rursus auferre potest? cum nemini è turpitudine suâ dari actionem, tralatitii juris sit.

2. Hujus Censuræ satis speciosæ meritum ut expendatur, placet facti speciem non infrequentis usus proponere: Animadversuris, an positiones harum legum in eâ tam deformes, quam in Censurâ exhibentur, sint apparituræ. Vir & uxor habent Societatem, & Vir ex Alea, ex Furto non manifesto, stupro, vel è sordibus officii publici aliisque malis artibus, quarum mille sunt species, lucrum in Societatem infert conjugalem, uxore, pone sis, ignarâ, vel etiam consciâ. Si res in specie tertio ablata adhuc extet, illa profecto non potest societatis propria fieri. Sed lucrum mediate ex ejusmodi turpibus causis redactum, animo communicandi in societatem collatum, fit necessario commune, nec potest aliter; quia lucrum ex re alterius redactum non est ejus, cujus res fuit, sed ejus qui fecit, etsi injuste, ut arguit condictio, quæ datur illi, cui damnum est datum, non vin-

dicatio *l.* 23. *d. Reb. Cred. & pass.* Ac ita positio *l.* 53. accipienda est; secundum quam, si lucrum illud improbum, sciente socio, fit communicatum, dicemus, id quidem jure positivo & externo commune fieri, verum non sine peccato socii, admittentis illud turpe lucrum in communionem. Quod si alter causam turpitudinis ignoret; uxor, inquam, respectu ejus, quod maritus egit, communicatio illa prorsus est innoxia: cum altero casu acquisitio dominii fiat eo jure, quo sæpe qui in re illicitâ versantur, dominio potiuntur, etsi alio respectu plectuntur; ut is qui rem alienam suæ rei sciens adjungit, quæ per accessionem ipsi acquiritur §. 26. *I. de Rer. div.* item qui ex alienâ re malâ fide novam speciem facit, ut vidimus ad *l.* 12. §. 3. *ad Exhibend.*

3. Communicato ita inter socios improbo lucro, si postea socius auctor acquisitionis illicitæ, ad restituendum condemnetur, hoc est damnum societatis, ac ideo communioni decedit, quemadmodum prius accessit lucrum. Non eâ ratione, quod Socio turpitudinis reo, ex suâ malitiâ detur actio, sed ex naturâ Societatis, quæ lucra & damna semper habet communia. Quod si post divisionem socius delicti reus sit condemnatus, non habebit actionem, censeo, contra veterem socium, ad repetendam lucri partem, sive conscius ille, sive turpitudinis ignarus fuerit. Durante vero Societate, quod dicitur, Conscientiam delicti socium facere participem pœnæ, ad quam pariter è re communi præstandam, tenetur in *l.* 5. *h.* non habet periculum Censuræ; nec omnis, opinor, his locis comprehensa doctrina.

Pomponius Lib. XIII. ad Sabinum.

Socius, cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est. Impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione, Labeo ait: quia id non in societatem, quamvis propter societatem, impensum sit: sicuti si propter societatem eum heredem quis instituere desiisset, aut legatum prætermisisset, aut patrimonium suum negligentius administrasset. Nam nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium: veluti si propter societatem heres fuisset institutus, aut quid ei donatum esset. L. 60. §. 1. *Pro socio.*

Ulpianus Lib. XXXI. ad Edict.

Secundum Julianum tamen, & quod medicis pro se datum est, recipere potest. Quod verum est. L. 61. *Pro soc.*

1. Reprehendit Autumnus, quod Pomponii sententia tam prolixe refertur in *l.* 60. §. 1. Et *in l. seq.* unâ liturâ deletur. Quorsum illa contraria juxta se posita? Quid opus fuit in Pandectis conspici illam Juris Consultorum dissensionem, de hoc quæsito, an socius particularis damna vis majoris, & quælibet fortuita societati imputare possit? nam de Universali non potuit dubitari. Julianus etiam de particularibus sociis idem adfirmavit *l.* 52. *h. tit.* Pomponius negavit,

vit, hac *l.* 60. §. 1. exemplo Mandati & aliorum Contractuum, de quibus à nobis actum *ad l.* 26. §. 6. *Mandati*. Sed Juliani sententia de Societate prævaluit *d. l.* 52. *& hac l.* 61. Cui bono igitur sententia Pomponii tam copiosè commemorata? Si propter continuitatem textuum Antinomia non est inter has *ll.* 60. *&* 61. quod sane D. Mathæus statuit de talibus, ut exemplo constat in *disp. fundam.* 5. inter *l.* 6. §. *ult. & L. sequ. de Rer. devis. junctâ l.* 6. §. *ult. d. Religios.* quâ de re nos egimus in *part.* 2. *Digress. lib.* 1. *cap.* 4. deformitatis & ineptiæ tamen excusari non potest, quod improbata sententia tam πραγματικῶς exponitur. Sed non habent rationem Censores, censeo. Tribonianum bene consuluisse, quod nos Pomponii rationes minime spernendas latere noluit, existimo: Nec enim dubitandi & in diversum disputandi rationes, de rebus in quâque disciplinâ memorabilibus, ineptæ aut supervacuæ habendæ sunt. Faciunt hoc præstantissimi quarumvis Artium Professores, ut sæpe quod improbant, latius exponant, quam Veri probationem adstruant, eo quod vero falsum plerumque verbosius est. Nec metuenda fuit confusio Lectoris subjectâ incontinenti contrariâ Juliani, quæ prævaluerat, seu tertiâ, quam sic legere oportet in *l.* 61. ut immediatè junctam *l.* 60. nec enim inscriptionem nominum facere interruptionem, Justinianus præmonuit studiosos, in *Const. Compos. Pand.*

Pomponius Lib. XIII. ad Sabinum.

Si Titius, cum quo mihi societas erat, decesserit, egoque, cùm putarem, Titii hereditatem ad Sejum pertinere, communiter cum eo res vendiderim, & partem pecuniæ ex venditione redactæ ego, partem Sejus abstulerit: te, qui re vera Titio heres es, partem ad me redactæ pecuniæ societatis judicio non consecuturum, Neratio, & Aristoni placebat: quia meæ duntaxat partis pretia percepissem, neque interesse, utrum per se Partes meas vendidissem, an communiter cum eo, qui reliquas partes ad se pertinere diceret. Alioquin eventurum, ut etiam si duo socii rem vendiderint, unusquisque, quod ad se pervenerit partem alteri, societatis judicio, præstare debeat. Sed nec te ex parte, quam hereditatis petitione fortè à Sejo consecuturus sis, quicquam mihi præstare debere: quia quod ad Sejum pervenerit, tuarum partium sit. Nec ad me habentem meum, quicquam ex eo redire debeat. L. 62. *Pro socio.*

1· Iniquam Pomponii sententiam videri censet Autumnus, æquitati jurisque rationi potius convenire putans, ut verus heres hoc casu bona defuncti, quæ fuerunt in societate, petat à possessoribus, qui sunt duo, socius alter, & heres falsus, qui pro vero se venditavit. Speciem facti repetamus oportet. Primus & Secundus sunt socii: Primus moritur, me relicto herede è testamento, qui aberam. Agnatus proximus heredem se ferens Secundum provocavit ad divisionem. Hic cum falso herede res communes vendidit, & pecunias cum eo partitus est, quas ille fere consumpsit, ut jam in totum solvendo non sit. Ego Secundum convenio actione pro socio, ut quod adhuc habet ex Societate residuum, quod pro parte dimidia defuncti fuit, mecum communicet. Ille dicit; Habeo bonam fidem, ut in textu; non habeo plus mea parte, vel pretium partis meæ duntaxat.

De hoc, cum ad me jure pertineat, nihil tibi decidere cogor; heredem falsum convenire debes, idque probat Pomponius. Autumnus ait, Divisionem, absente vero herede, cum falso factam ei non præjudicare *l.* 1. *l.* 14. *C. Famil. ercisc.* Sed hoc in illis textibus non habetur. Contrarium habuimus in *l.* 36. *Famil. ercisc.* de qua in loco egimus: Id quod falsus heres judicio divisorio consecutus est, ab eo repeti non posse.

2. Verum aliud æquitatis argumentum obstat; Cum è tribus sociis, unus solidum consecutus non est, hic ob inopiam secundi, contra tertium, qui solidum habet, agere potest, ut secum partiatur quod nactus est, ad æqualitatem; quasi iniquum sit, ait Ulpianus, ex eâdem societate, alium plus, alium minus consequi *l.* 63. §. 5. *h. t.* Sed hoc in aliâ prorsus specie facti. Qui minus ibi nactus erat socius, causam detrimenti habuerat, socii, ut diximus, secundi inopiam; qui habet beneficium contra socios, ne teneatur ultrà quam facere possit *d. l.* 63. *in pr.* quod cum adversus utrumque socium ex æquo valeat, utrumque damnum illud ferre, consentaneum est. Longe etiam est alia species *in l.* 8. *d. R. Vind.* de qua in ordine suo diximus. Nihil est in iis locis, unde socius, qui bonâ fide res cum eo, quem heredem esse credebat, vel pecuniam divisit, nec plus quam ad se pertinet, habet, ad hoc pro parte reddendum teneatur. Nam si scisset, eum esse falsum heredem, aliter dicendum foret, ut in *l.* 22. *pr. Famil. erc.* qui thesaurum in fundo communi effodit, & cum extraneo conscio, quem nihil juris habere sciebat, partitus est, heredi vero tenetur ad novam divisionem. Pomponius æquitatem suæ sententiæ facile tuetur.

Ulpianus Lib. XXXI. ad Edict.

Verum est, quod Sabino videtur: etiam si non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei: attamen in id, quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint, quò minùs possint, condemnari oportere. Hoc enim summam rationem habet: cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat. L. 63. *in pr. Pro socio.*

1. Quomodo huic Textui conveniat cum *l.* 16. *d. Re Judic.* cum sit Antinomicæ considerationis, heic præteribimus. Sed Rationem hanc, *cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat*, adspernantur & inrident Pragmatici quidam scriptores. Nec eâ fieri, ut mores hodierni, res ex vero magis, quam prætextibus adfectatis æstimantes, Sociis privilegium, ne teneantur ultra quam facere possint, indulgeant, ut probat Groenewegius ad hanc *L.* & §. 38. *Inst. de Action.* Idemque tradunt Bugnonius 1. *de LL. abrog.* 12. Autumn. *Confer. in l. miles 6. d. Re Judic.* Rebuff. *ad Constit. Reg. in proœm. gl.* 5. *n.* 91. Et præterea, si maximè sociis hoc jus competat, absurdam tamen esse rationem istam à Fraternitate, quia fratribus ipsis hoc jus & privilegium nusquam datur, quod post alios animadvertit Wissembachius noster in *Coroll. ad disp. Pro Socio, tam in Pandect. quàm Inst.* 1. Unde saltem ad locum Communem Rationum ineptarum & falsarum referri debeat hæc *αἰτιολογία*.

2. Res-

2. Responsio ad Primam Censuræ partem non est difficilis. Privilegium, ne socius socio teneatur, ultra quam facere possit, optimâ ratione, quæ est fides & humanitas, nititur. Unde si quis socium fefellisset, hunc in Virorum bonorum numero habendum non esse, putarunt Romani, ut Cicero *pro Rosc.* testatur; cum in aliis Contractibus fides rupta citra infamiam consistat. Quis eum quicum arctissimè nuper conjunctus fuit, humanitate salva, rebus omnibus, etiam ad vitæ exhibitionem necessariis exuere possit? Hoc si Galli negligunt (alios enim Scriptores à Groenewegio laudari non video) quis hanc potius incivilitatem, quam veterum gravitatem & benignitatem sanctissimâ ratione subnixam putet imitandam? Nec de Germaniæ moribus adsentitur Brunnemannus *ad h. l.* Quod igitur Gallia secus, id nihil ad nos, ait idem in simili, ad *l.* 52. §. 2. *h. t.*

3. Ad alteram Censuræ partem, bifariam respondetur. Primo ab iis, qui fatentur, fratribus hoc jus non competere, pro quibus Anton. Faber *in Ration. ad h. t.* Ratio hujus rei petita est, inquit, *à fraternitate voluntariâ, descendente è Contractu inter socios inito, cujus favorabilior utique & plenior & potentior causa est, quam fraternitatis naturalis l.* 52. §. *idem Papinianus* 6. *h. t. Majorem ergo reverentiam sibi invicem socii debent, propter hanc fraternitatem voluntariam, ut post Papinianum Ulpianus loquitur in d.* §. 6. *quam illi, quos natura, non voluntas fecit fratres, quorum quam rara sit gratia & concordia, ipsis rerum experimentis, nimis certè compertum est.* Sed vereor, ut hæc ratio Censoribus satisfaciat, iisque persuaderi possit, minorem esse acerbitatem & deformitatem in ἀπορίᾳ quâ fratres germani se invicem ad interulam usque excussos, aliorum misericordiæ, quam ipsi nullam habent, exponunt, quam fratres adscititiâ & pecuniæ causâ conjuncti. Probabilius alii, privilegium hoc ad fratres, argumento hujus Legis, extendendum putant, ut Duarenus ad *l.* 16. *d. Re Judic. Prælect.* 23. Mynsinger. *ad* §. 38 *Inst. de Act. n.* 3. Sneidwin. *ibid. n.* 2. Zang. *p.* 2. *de Except. c.* 15. *n.* 9. Calp. Manz. *in tract. de Patroc. Paup. decad.* 3. *qu.* 1. *n.* 20. Quibus præter hanc rationem Ulpianæam satis arguendi validam, favet hæc ratio; quod frater ad inopem fratrem alendum teneatur, ut probari & observari solet *ex l.* 13. §. *ult. d. Administr. Tut.* Si quem igitur non movet dictum Veteris scholæ, *propter quod unumquodque tale est, illud magis tale est,* quam Regulam invertit in hac quæstione Wissembachius noster *in d. Coroll.* faxit tamen ita cogitet; Nec Ulpianum his verbis frustra usurum fuisse, ut à jure fraternitatis ad societatem concluderet, si fraternitati ipsi non idem tribueret; neque fratrem ad egestatem redigere posse eum, quem ad incitas redactum exinde sublevare cogeretur. Hæc responsio & collectio nobis & dialectica & juridica satis videtur, ut Censuram evitare liceat.

Ulpianus Lib. xxxi. ad Edict.

*In heredem quoque socii pro socio actio competit: quamvis heres socius non sit. Licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. Et circa societates vectigalium, ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit, nisi fuerit adscitus: verum tamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat; simili modo & damnum adgnoscat, quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis, sive postea. Quod non similiter in voluntaria societate observatur. L.*63 §. 8. *Pro Socio.*

1. Societas adeò morte finitur, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati *l.* 35. *& l.* 59. *in pr. h.* Quid hac in re mysterii est, ut; cum regulariter Contractus ad heredes transeant, Societas ne quidem expresso pacto hereditaria fieri possit? Cujacius obscuram fatetur esse rationem in *l.* 10. *Obs. c.* 25. Reddit autem hoc modo; *Finge, contractâ inter me & te bonorum omnium societate, convenisse nos in ipso negotio, ut me mortuo, continuares eam cum Patruo meo,* herede meo præsumpto scilicet. *Non valet pactio, quia non potui me ipsum quasi quodammodo capite minuere, constrictâ mihi libertate testandi, cuilibet civi Romano jure publico concessâ. Nam si standum est pacto, non alteri potero bona mea relinquere, quam Patruo. Sed eadem tamen intervenit ratio, si convenerit, ut continuaretur societas cum filio meo. Quod si nulla certa persona heredis demonstrata sit, jam illâ ratione refellam pactionem, quod incerta persona sit is, in quem post mortem meam societas confertur.* Sed hæ rationes sunt ejusmodi, ut dubitem, an per has Eunomiæ satisfiat. Negabit enim Censor, ejusmodi pacto testamenti factionem auferri, & merito. Faciat heredem quem volet socius ille: quis, quo jure evertet testamentum? socius alter, an Patruus? neuter habet ullam juris speciem, ne quidem filius ex hac causa. Sed pactum societatis in nomen certi heredis erit in suspenso; alio herede instituto, evanescet; quia frustra alii paciscimur. Si factus erit heres idem, in quem societas collata est; quem casum oportet contrahentes spectaverint; quid impedit pactum habere effectum? cum illa quidem ratio probata Cujacio, tum penitus cesset. Nec incertitudo heredis generaliter comprehensi per se est in causâ pacti non valentis. Nam incertitudo personarum non vitiat amplius, jure novo, contractum aut testamentum, si modo eventus certam personam detecturus sit §. *sed nec* 27. *I. de Legat.* quemadmodum hic evidenter futurum est.

2. Nihil est verius, quam quod est simplicius & indoctius, πάμμαθέστεροι, σοφώτεροι; non posse ad heredem transire societatem, cum effectu obligationis: quia hoc naturæ societatis repugnat, quæ est hæc, ut certæ personæ industria eligatur, quæ non est in cujuslibet heredis personâ, idque Justinianus indicat in §. 5. *I. de Societ.* An hoc vero non cessat, ubi certus heres est nominatus? Ita videtur. Et textus citati, negantes societatem ad heredem transire, de herede simpliciter dicto loquuntur. An igitur pactum, de societate ad certum heredem nominatim transmittendâ, valet? Non ausim dicere, tam forti adseveratione contrariâ, in *l.* 59. *in pr. Adeo morte socii solvitur societas,* ait Pomponius, *ut nec*

ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat Societati. Nec tamen Cujacii ratio placet: hæc magis; Societas quasi officium personale est, quod non nisi consensu in ipso actu specialiter adhibito, initur & acquiritur. Hoc dicit Ulpianus; *Nemo potest societatem heredi suo sic parare, ut ipse heres socius sit l. 35. h. t.* Respendet assiduò à voluntate singulorum, & solvere cum volunt societatem, possunt §. 4. *I. h. t.* Res quasi meræ facultatis est. Cui accedit, quod etsi nominatus heres, tamen non est certus. Potest enim alius institui, non obstante pacto.

3. Sed est alius Eunomiæ scrupulus in hoc §. Habetur enim hic; etsi heres non sit socius, emolumentum tamen & damnum ad eum pertinere, sive adhuc vivo socio, sive postea contigerit: Quod non similiter in voluntaria Societate observetur. Est autem voluntaria Societas, quæ ab initio liberâ voluntate initur, opposita necessariæ & hereditariæ, in quam heres incidit, quâ de re & de toto hujus §. sensu prolixe Cujacius 1. *obs.* 25. & latius Anton. Faber *in Rational.* hic disputant, minime convenientes & magis intricantes difficultatem: quæ in hoc I. consistit, quomodo heres non sit Socius, & tamen omnem habeat effectum Societatis. II. quâ in re consistat effectus differentiæ inter societatem voluntariam & hereditariam. III. An nulla sit hac parte diversitas inter societatem privatam & vectigalium societatem, quæ videtur in hoc §. negari, cum disertè adfirmetur à Pomponio *in l. 59. h. t.* ubi, post verba *superius* inde transscripta, subjungit; *Hæc ita, in privatis Societatibus: At in societate vectigalium manet Societas & post mortem.* Sed ITA DEMUM, si pars defuncti ad personam ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat. E quibus verbis nova difficultas oritur. IV. Quomodo singulare sit in societate vectigalium, quod illa post mortem maneat, cum hoc non fiat, nisi heres in societatem fuerit adscitus *h. l.* 63. §. 8. quod nec aliter in communi & privatâ Societate se habet, ut res loquitur, & diserte scribit Ulpianus in *d. l.* 63. §. 8.

4. Hæc non esse Antinomicæ, sed Eunomicæ considerationis apparet, à nemine adhuc explicita, ut Cujacius observat, quem tamen refellit Faber, & Accursium melius glossatum esse putat. Ipse nimis argutando rem, ut solet, aliquanto facit intricatiorem. Nos ut poterimus, ad omnes pariter scrupulos respondebimus, ita ut singulis facile applicari possit articulis oppositionis. Voluntaria Societas simpliciter est ea, quæ speciali sociorum consensu initur; cui opponitur hereditaria, in quam incidunt heredes, ex necessitate rerum, quas defunctus cum reliquis sociis habuit communes. Hæc propriè non Societas, sed Communio est, quarum differentiam tradit Justinianus in §. 3. *I. de Obl. ex qu. Contr.* etsi impropriè vocatur *Societas hereditaria*, à Cicerone in *orat. pro Quinct.* quem idcirco *malum JurisConsultum*, ut Faber eum citat, nolim appellatum: Quoniam & *Socii* in Jure passim vocantur, qui rem, sine conventione speciali, habent communem §. 3. *I. de Obl. ex qu. Contr. l. 19. & l. 34. d. S. R. P.* aliisque locis à Brissonio in, *Socii*, adductis. Quod autem rebus sociorum inter se implicitis, lucrum & damnum inde resultans commune sit! Idque non societati, sed Rerum Communioni sit imputandum, in privatis etiam societatibus, docet Paulus, ex sententia Labeonis in *l. 65. §. 2. Si in rem certam emendam, conducen-*

ducendamve coita sit societas: tunc etiam post alicujus mortem, quicquid lucri detrimentive factum sit, commune esse, Labeo ait. Item *in* §. 9. *d. l.* 65. *Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures verò supersint: nisi in coëunda societate aliter convenerit. Nec heres socii succedit. Sed quod ex re communi postea quæsitum est: item dolus, & culpa in eo, quod ex antegesto pendet, tam ab herede, quàm heredi præstandum est.* In quibus verbis est limitatio notabilis; Heres socii lucratur id, quod ex re communi, post mortem quoque socii, acquisitum est, jure dominii, & Accessionis communis, non societatis. De dolo autem & culpâ non nisi ex antegesto tenetur, ex persona defuncti, ut heres, non ut socius. Ac ita in Privatis Societatibus, ut textua illi de talibus agunt. Sed in Vectigalium Societate secus est hac parte; Nam ibi veniunt etiam Præstationes lucri & damni, *sive adhuc vivo socio vectigalis, sive postea*, contingant, *h.* §. 8. *l.* 63. *d. l.* 59. quod non esse ita in voluntaria societate subjungit Ulpianus *in* §. 8. voluntariam ibi *stricto sensu* vocans privatam, quæ non habet necessitatem publicam, ut illa vectigalium.

5. Hactenus in neutrâ specie, nec privata neque de vectigalibus, societas ipsa transit in heredem, sed communio rerum duntaxat. Socii non fiunt, nisi pro talibus adsciti sint, & pars defuncti ad personam heredis adscripta fuerit *d. l.* 59. *& l.* 63. §. 8. tam in Vectigalibus quam in aliis rebus. Quamdiu hoc non est factum, actio Pro socio de rebus, quæ post socii mortem evenerunt, non datur, sed actio communi dividundo. Si quid intersit roges, hæc ad divisionem duntaxat & separationem communionis; altera datur ad præstationes durante societate usu venientes, & supponit continuationem societatis, & quicquid præterea inter contractum Societatis & quasi contractum Communionis interest. Ita omnibus satisfactum esse puto difficultatibus, exceptâ forte tertiâ, quæ contingit & ultimam: quomodo in *l.* 59. Societas vectigalium distinguatur à privata, in eo, quod transit ad heredem, cum id tamen non fiat, *nisi pars defuncti ad heredem transscripta sit*, quo sensu etiam privata societas ad heredem transmitti potest, ubi heres in societatem adscitus fuerit, ut est in *h. l.* 63. §. *ult.* quæ videntur esse eadem. Sed ego hanc difficultatem aliter solvi non posse video, quàm si dicamus, non esse idem, in *societatem adscitum* esse, *h.* § 8. & *partem* defuncti ad heredem *adscriptam* esse *d. l.* 59. etsi Cujacius & Faber hæc pro iisdem habeant. Adscitum esse, pertinet ad personam; *partem adscriptam*, ad res. Heres non fit socius nisi adscitus sit. Arctior communio rerum, quæ pertinet etiam ad ea quæ post mortem socii acciderunt, contrahitur, *per adscriptionem* partis quam dufunctus habuit, in personam heredis; per quam societas hactenus ad heredem transit, *ut heredi quoque conferri oporteat*, non ut ipse fiat socius. Ita res in eo desinit; Quod inter positiones Juris, à Regula, quod Societas ad heredem non transeat, exceptio ponitur, in Societate Vectigalium *l.* 59. *h. t.* ut fieri solet, id minime tam simplex & obvium esse intellectu, quam vulgo collocari solet. Denique, & hinc colligitur ratio dicti in *l.* 74. *h. t. Nullam* esse in æternum Societatis coitionem; Etsi in perpetuum iniri possit, hoc est, ad vitam.

Ulpia-

Ulpianus Lib. XXXII. ad Edict.

Cum societas ad emendum coiretur: & conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est epulas, præstaret, eosque à negotio dimitteret: si eas eis non solverit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est L. 69. Pro Socio.

1. Hujus Legis orationem & sententiam esse ineptam, nec intelligibilem, censet Cujacius 4. *obs.* 17. quod caput ita incipit; *A quo tempore juri civili operam dare cœpi, nulla me lex diutius torsit, quam Lex Cum societas D. Pro Soc. nec plane etiam nunc ausim dicere, eam à me Legem intelligi. Afferam tantum probabilia quædam. Ita Cujacius.* Sed non invenit exitum, nisi hoc modo legat ex aliis editionibus, explosâ Florentinâ; *Cum Societas ad emendum coiretur, & conveniret, easque ad negotium dimitteret.* Hactenus quidem mihi nunquam visa fuit tam desperata legis hujus difficultas, quatenus hæc emendatio patet; ut quandoque parum abfuerit, quin exemplum hoc inter ea, quibus aliquando nimiam eruditionem hominum judicio præstringere videmus, collocandum putaverim. Mihi semper, inquam, Lectio Florentina, in his equidem verbis, quæ Cujacius, Haloander, & Faber emendant, satis integra, neque tam obscura vel absurda, quam tropicæ & minus usitatæ significationis visa sunt. In pacto hujus loci fuit, ut unus è sociis emendi, reliquis *nundinas præstaret.* Quid per Nundinas præstandas significaverint, explicat Ulpianus idem, ut ille solus impensas in nundinis faciendas ferret, tam in Epulis, quam in reliquis sumptibus ab initio ad finem, ita ut *ipsi à negotio dimitterentur*, id est, liberi è negotiatione nundinaria domum redirent, hoc est ἀπολῦς ποιῆσαι, ut Basilici. Diceres vernaculè, **Vry houden in de merkt.** Ad merces ipsas, vel earum pretia referre nundinarum præstationem, ut aliis visum, enorme & abs re est. Societas enim ad emendum requirit, ut omnes socii pretia mercibus emendis conferant. Pactum de nundinis est accessorium Societati, adeoque de sumptibus diætæ, ac itineris. Fuit qui per *Epulas* intelligi merces Latine contendit ex Varrone de R. R. II. *c.* I. ubi; *Scire oportet in grege, quot feminas habeat, quæ parere possint, quot arietes, quot utriusque generis soboles, quot Epulæ sint alienandæ.* Sed omnes quidem Interpretes mendum esse merito credunt. Adeo certe obscura & ignota vox est in hoc sensu, ut Ulpianus obscurum per obscurius explicasset, dicendo, nundinas, id est, *epulas.* Deberet iterum addi; *Id est, merces.* Apud Varronem potius *pullæ* scriptum sit, vel *èpullis.* pro *Epulæ.* Præstandi verbum latè varieque sumi, notum est. Quomodo personales *præstationes* inter socios & qui res communes habent, inprimis multa variaque complectuntur, ut satis constat ex *l.* 1. *l.* 4. §. *sicut. Comm. divid.* & passim. Quò si quis nundinarum præstationem, illo, quem diximus, sensu referat, nihil, opinor insolens, aut inexpectatum dixerit. *Præstare Rempublicam* scripsit ad Atticum Cicero; Ita, cum videri se obligatum, ad præstandam filio Rempublicam, id est, liberum ejus usum exhibendum, significat, 10. 4. Est sane Tropus in *nundinis*, sed à negotio minime alienus, & ultro ni fallor, in sensum incurrens; quod qui illas præstare constituit, ad liberum

Nnnn nun-

nundinarum usum teneatur exhibendum. *Sponsalia præbere* non dispari sensu dixit Tullius ad *Qu. Fr. ep.* 6. Dimittere à negotio, quemadmodum exposuimus, mihi quidem magis, quam *admittere*, vel *demittere ad negotium*, placet.

2. Præcipua difficultas sedet extra emendationem; quid actio ex vendito sibi velit, adversus eum qui non præstitit nundinas: Nam Pro socio actio sponte se prodit. Cujacius actionem ex vendito dari censet ei, qui merces reliquis sociis vendidit, etiam contra eum, qui promisit epulas, quasi & ipse emisse videretur. Idem Marquardus Freherus 2. *parerg.* 29. qui ut hoc facilius obtineat, verba finalia trajicit hoc modo: *Et pro socio, si eas iis non solverit, & ex vendito cum eo agendum est.* D. Wissembach in *disp. ad Inst. & ff. de Societate ad h. l.* 63. *th.* 6. actionem ex vendito dat venditori epularum, pro consequendo illarum pretio. Anton. Faber iisdem utramque dat actionem, sociis; quia cum merces communi nomine sint emptæ, socii propter id quod interest epularum nomine, eum, qui non stetit promisso, conveniant pro Socio, quia pactum societati est adjectum, aut ex vendito, quasi merces ipse vendidisset. Hæc utraque responsio posterior quæsita, nec tantum non obtorto collo huc adactæ videntur, nec habet speciem veri. Cujacii & Freheri interpretatio spreta Fabro & Wissembachio illis præferenda videtur, hoc modo explicanda: Merces communiter emptæ sunt, Venditor contra omnes & singulos emendi socios habet actionem ex vendito, etiam adversus eum, qui nundinarum præstationem in se recepit: Est enim unus sociorum. Reliqui socii pro non præstitis epulis sumptuque reliquo actionem pro socio quominus habeant, non dubitatur. Ita nihil hærendum, quin utraque & ex vendito & pro socio detur actio, non tamen iisdem personis. Non videtur hæc res è genere difficultatum insuperabilium. Denique, ne Freheri quidem emendatione opus esse, probat, ni fallor, expositio quam dedimus.

Paulus Lib. III. Epitom. Alphen. Digestor.

Duo socitatem coierunt: ut gramatica docerent, &, quod ex eo artificio quæstus fecissent, commune eorum esset: de ea re quæ voluerunt fieri, in pacto convento societatis proscripserunt: deinde inter se his verbis stipulati sunt: Hæc, quæ supra scripta sunt: ea ita dari, fieri? neque adversus ea fieri? Si ea ita data, facta non erunt, tum viginti millia dari? *Quæsitum est, an si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. Respondit: si quidem pacto convento inter eos de societate facto, ita stipulati essent;* Hæc ita dari, fieri spondes? *futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati,* ea ita dari, fieri spondes? *sed,* Si ea ita facta non essent, decem dari? *non videri sibi, rem in stipulationem pervenisse, sed duntaxat pœnam. Non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret, faceret, &, si non fecisset, pœnam sufferret. Et ideo societatis judicio agi posse. L.* 71. *in pr. Pro socio.*

1. Docet hic Paulus evidenter *in posterioribus verbis*, per stipulationem pœnalem non fieri novationem, sed explicari duntaxat obligationem Principalem, ut

ut pœna commissa vel peti, vel è Principali contractu adhuc agi possit: Electionem ut habeat Creditor, si forte principalis actio difficilis sit probationis, ut docet Justinianus *in* §. *ult. Inst. de Verb. Obl.* & nos *in Prælect. ad d. Tit. in fin.* Wissembach *disp.* ad *Inst.* 33. *th.* 24. ubi plures auctores. Paulus hic porrò distinguit, utrum contrahentes conventioni Societatis subjecerint stipulationem, quâ se daturos, facturos quod convenerat, promiserint; an per modum conditionis, si dicta non implessent, hoc aut illud darent, facerent. Priore modo, per stipulationem videri factam esse novationem, si talis contrahentium animus fuerit; posteriore casu nihil mutationis in re ipsâ evenire, sed pœnam solummodo adjectam censeri; ita ut Stipulator, vel rem ipsam vel pœnam petere possit, & habeat, quo contentus sit alterutro.

2. Utraque pars hujus sententiæ habet difficultatem Eunomicam. Cum enim alicui negotio, quod proprium contractus nomen habet, stipulatio adjicitur, non duo contractus esse intelliguntur, quorum prior per stipulationem novetur, sed unus tantum est Contractus. *Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, & ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est l.* 46. § 1. *d. V. O.* Sed qualis? Mutuum, an Stipulatio? vel ut hic est, Societas, an Stipulatio? Dicendum videbatur, Mutuum, Societas; quoniam hi sunt Contractus principales; stipulationes accessoriæ sunt, & pendent à negotio contracto, cui adjiciuntur in tali specie, qualis est in *l.* 5. *pr. vers. Conventionales d. t. de V. O.* Adeoque nihil aliud erant, quam negotium ipsum, & unum idemque *verbis stipulationis conclusum*, ut loquitur Papinianus *in l.* 8. *d. Præscr. verb.* plane, quemadmodum hodieque in Instrumentis Contractuum, post rem & conventionem enarratam, subjungitur Clausula, qualis hic; *Quæ supra scripta sunt, ea ita dari fieri, neque adversus ea fieri*; sed partes sibi mutuo *effectum conventionis fideliter esse præstituras.* Quibus verbis, nihil aliud quam quod est in hac priore formulâ inferentibus, novationem fieri, nulli unquam his quidem diebus in mentem venit. Attamen Romanis aliter visum fuit. Stipulatio prævalebat & totum occupabat negotium: Adeò, ut ne quidem novatio fieret *l.* 7. *d. t. de Novat. Cum enim, pecuniâ mutuo datâ, stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, & deinde eam stipulatione novari: quia id agitur, ut sola stipulatio teneat. Et magis implendæ stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.* Quod tamen *hic* aliter scriptum; esse novationem, quando tota res in stipulationem transfertur eâque comprehenditur. Verum hæc discrepantia non est tanti: Est novatio, si factum resolvas, & cogites, primo fieri conventionem de Societate; mox additâ stipulatione, fieri Stipulationem & novam obligationem. Rursus utrumque fit uno contextu, & è continenti; Non sunt duo negotia, duo contractus, Unus est actus in stipulationem desinens. Novatio separata negotia supponit, quæ hic non reperiuntur. Verumenim vero res indicat, cum reverâ duæ conventiones celebrantur, Primo Societas, mox Stipulatio, nihil obstare, quominus etiam, si partes velint, separatæ manere possint, nec Stipulatio tollat, vel absorbeat Mutuum aut Societatem; sed confirmet illos principales contractus, si non sit animus novandi contrahentibus, *in verbis h. l. Futurum fuisse*, ut, *si novationis causâ id fecissent, Pro Socio*

agi non posset. Ergo, si alia mens fuerit contrahentium, manebit Societas & actio Pro socio, quod probat Ulpianus *in l. 2. d. Novat. Omnes res transire in novationem possunt. Quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, & transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione: dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio. Ceterùm, si non hoc agatur, duæ erunt obligationes.* Quod autem Faber, illam mentem semper arguit fuisse contrahentibus, nisi probetur aliud convenisse, non liquet ex *l. 30. d. Jur. dot.* quam citat; Ibi enim Dos & matrimonium merito jungi præsumuntur, ut est natura negotii: sed novatio est facti *d. l. 2.* Quæ vero facti sunt, ea non præsumuntur, sed probari debent: imprimis Novatio, post *l. ult. C. de Novat.* Magis igitur inclinat animus, ut in dubio non fuisse novandi animum existimemus. Ne quidem si ex intervallo illa stipulatio subjecta fuerit, quo casu Faber id habet indubitatum. Quod secundum mores hodiernos fortius, ut dictum, adfirmatur: quibus ejusmodi clausula stipulatoria nunquam facit novationem. Adde *l. 3. §. 1. d. Act. Empt.* ubi post Stipulationem Emptioni venditioni subjectam, datur adhuc Empti venditi actio, & *l. 28. eod.* ubi clarius idem ingeminatur de stipulatione pœnali, non tolli per eam priorem, sed electionem dari.

3. Sic igitur prima Stipulationis species se habet; quâ simpliciter contrahentes sibi mutuo promisere, servatum iri, quod inter eos convenerat, ut vel novatio fiat ex Societate in stipulationem, vel Societas maneat, & stipulatio tantum sit ejus obsignatio, quemadmodum hodie semper, inquam, reputatur. Alterâ specie Stipulationis, *Si, quæ dicta sunt, ita non dentur aut fiant, decem dare spondes?* non videri scribit Paulus, *rem in stipulationem venisse, sed pœnam*, cum duo sint contractus, Societas de re, Stipulatio de pœnâ: sic, ut cum utraque rei persecutoria sit actio, concursus earum electivus sit, *l. 28. d. act. empt.* De hac Pauli sententiâ, post multam disputationem Faber ita Censorem agit; *Si verum amamus*, inquit, *cum stipulatio pœnalis semper habet conditionem illam expressam; si quod promissum est, factum non erit, aut, si contra factum erit: dicamus & admittamus ingenuè, per stipulationem pœnalem novari præcedentem stipulationem puram*, scilicet, *cum pœnalis stipulationis conditio extiterit.* Ita, ut ab initio quidem sint duæ stipulationes, hac *l. 71. & d. l. 28.* sed existente conditione, prior obligatio in posteriorem pœnalem transferatur, & prima sicà pœnali tollatur, quæ est pleni sensus novatio. Ita Paulus idem hic noster disertè in *l. 44. §. ult. d. Obl. & Act. Sed si navem fieri stipulatus sum, &, si non feceris, centum: videndum; utrum duæ stipulationes sint, pura, & conditionalis, & existens sequentis conditio, non tollat priorem; an verò transferat in se, & quasi novatio prioris fiat. Quod magis verum est.* Rursus idem de Legato Paulus adfirmat in *l. 24. Quand. di. legat. ced. Si penum heres dare damnatus sit, vel fundum; &, si non dedisset, decem: ego accepi; & penum legatam, & translatam esse in decem, si noluerit penum heres dare; & tunc pecuniam deberi, cum interpellatus fundum non dedisset; &, si interea decesserit legatarius, tunc heredi ejus non nisi fundum deberi. Namque cum dictum est*, At Publicius fundum dato: *perfectum est legatum. Et cum dicit*: Si non dederit, centum dato: *sub condicione fundi legatum ademptum videri, eo casu, quo centum deberi cœperint. Quorum quia condicio vivo legatario non extiterit, fortè quia interpellatus heres non sit: evenerit,*

evenerit, ut ademptio nihil egerit, fundique legatum duraverit. Plane, si sic legatum sit; si penum non dederit, decem dato: dicimus, non esse penum legatum, hoc est, si non fuerint duæ positiones legati tales, *Penum vel fundum heres dato: Si penum non det, centum dato.* Nam si una posterior sola sit positio, non est ea species hujus quæstionis. Certe hi duo textus Fabri consuram in *banc l.* 71. valde faciunt probabilem.

4. Sed in contrarium vocant, cum Ratio, quod pœnalis stiplatio tantum in hoc serviat, ut principalis obligatio melius impleatur, non etiam tollatur, neque ut restringatur, sed explicetur & augeatur facultas Creditoris: tùm inprimis, quod Papinianus docet in *l.* 115. §. *ult. d. Verb. O.* Si ita concepta sit stipulatio, *Pamphilum dare Spondes? si non dederis tantum dare Spondes?* vel id actum videri, *ut, si homo datus non fuerit, & homo & pecunia debeatur*; vel, ut sola pecunia, non homo debeatur, si, videlicet, ita sit cautum, *ut sola pecunia, non soluto homine, debeatur.* Proinde si cautum ita non fuerit, non modo pecunia, sed etiam homo debebitur, & sic nulla erit novatio. Hoc etiam docet Scævola *in l.* 122. §. 2. *d. Verb. Ob. Flavius Hermes hominem Stichum manumissionis causa donavit, & ita de eo stipulatus est:* Si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa, manumissionisque dedi, à te heredeque tuo manumissus vindictâque liberatus non erit: quod dolo malo meo non fiat: pœnæ nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, spospondit Claudius. *Quæro, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire potest? Respondit, nihil proponi, cur non potest.*

5. His accedit, quod satis constat, etsi tam è principali contractu, quam è Stipulatione accessoriâ datur actio, concursu electivo, ut una tollat alteram, si tamen in alterâ plus sit, hanc eatenus superesse *l.* 41. *& seqq. h. t. l.* 48. *d. Act. empt.* etiam videlicet, ex principali; ex quâ, si in stipulationem penitus transfusa & extincta fuisset, actio dari non poterat. Quod autem Faber tenet, non esse novationem ab initio; esse, cum ab alterutro factum est contra quam convenit, & pœna commissa est, non potest satisfacere Eunomiæ. Nec enim quæstio de novatione intellectum vel usum habet ullum, antequam extiterit conditio, in quam pœna promissa fuit, eaque peti possit; Cum prius sit, τ̃ μὴ ὄντος, *nihil* adhuc, sed futurum speretur. Quid ergo ad textus objectos? Non potest videri Paulus à se ipso descrepare. Dicit, in casu Stipulationis, pœnali subjectâ, in *d. l.* 44. §. *f.* non manere duas obligationes, cum effectu actionis; sed cum stipulatio pœnalis in hunc usum adjecta sit, hac institutâ, priorem obligationem cessare, ac ita *quasi novationem*, ut est in textu, factam censeri. Non quod prior abscisse extincta sit, cum utique adhuc supersit, quatenus in eâ plus est, ut modo vidimus; sed quia post alteram motam, altera, nisi de eo quod plus continet, amplius non datur *dd. ll. l.* 44. *d. V. O.* Quod attinet *ad objectam l.* 24. *Quand. di leg. ced.* ibi non est novatio; Sed duo Legata ponuntur, Unum penus, vel fundi purum; alterum pecuniæ, conditionale, si fundum vel penum non det. Existente hac conditione, legatum fundi videtur ademptum, & pecunia est in petitione. Hoc in Legatis, ubi unius est voluntas tam adimendi quam legandi facilis, singularem habet rationem. Unde ad novationem in contractibus non procedit argumentum. Adde Wissembachium *ad Tit. π. de Verb. Obl. th.* 11.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

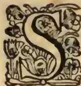
AD

LIBRUM XVIII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Paulus Lib. XXXIII. ad Edict.



Ed, an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur. Veluti, si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus, & Cassius, esse emptionem & venditionem putant. Nerva, & Proculus, permutationem, non emptionem hoc esse. Sabinus Homero teste utitur, qui exercitum Græcorum ære, ferro, hominibusque vinum emere refert, illis versibus, &c. in l. 1. §. 1. d. Contrah. empt.

Eandem veterum disceptationem refert & decidit Justinianus Augustus.

Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur. Veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse posset. Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere:. unde illud est, quod vulgò dicebatur, permutatione rerum, emptionem & venditionem contrahi, eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse: argumentoque utebatur Græco poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis.

Ἔνθεν

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσι,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι. *id est,*

Hinc sibi certatim gentis de more, comati
Vina parant Graji, ære dato, fulgenteque ferro;
Tergoribusque, bubus sed & ipsis, mancipiisque.

Diversæ scholæ auctores contrà sentiebant: aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse: nam utramque videri & venisse, & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, meritò prævaluit: cum & ipse aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur: quod & anteriores divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur §. 3. *Inst. de Contrab. empt.*

1. Apparet, hic præferri sententiam Proculjanorum, qui perpetuam inter Emptionem Venditionem, & Permutationem statuebant hanc differentiam, quod in Permutatione Res pro Re; in Venditione, Pecunia numerata detur: secus ac Sabiniani putabant. Censura Arnoldi Vinnii *in comment. ad hunc* §. 2. *Inst. n.* 6. *Si quod res est, fateri,* inquit, *& liberè philosophari volumus, verior est illa Sabini & Cassii sententia,* qui Venditionem quoque celebrari posse, ubi res pro rebus venduntur, existimabant. Pro qua sententiâ, contra eam, quæ à Juris Conditoribus approbata est, valde copiosèque disputat Salmasius *in tract. de Usur. c.* 13. Præcipua ratio est, quod antiquissimi mortales, ante signatæ usum pecuniæ, non fuere sine emptione Venditione, nec eodem modo se habuere tum, qui rem comparare, eâdemque carere volebant. Naves, quæ vinum ex Lemno advexerant in Phrygiam, vendendi causâ venerant, & Græci in castris siticulosis emere cupiebant vinum. Quis dicet, eos qui æs solvebant, aliter se, quod ad emendi animum, habuisse, quam qui pelles & boves dabant? Mercatores in Orbem novum & Indias emendi causâ proficiscuntur, nec alium habent animum apud barbaros, quibus specula, cultellos, succina & id genus alia, quam quibus pecuniam dant in solutum. Unde labitur unica Proculi ratio, quod, si res pro re faciat emptionem venditionem, *expediri non possit, quæ pretii nomine data videatur. Cum utramque videri venisse & pretii nomine datam esse, ratio non patiatur.* Posterius est verissimum, sed prius evidenter falsum in exemplis commemoratis. Etiam in eo, quod Paulus in hac *l.* 1. §. 1. suggerit; Laërtes Eurycleam ancillam emerat suis rebus, non pecuniis, Odyss. 1.

Τὴν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσι.
Quam propriis rebus Laertes emerat olim.

Verbum οἰνίζεσθαι est quidem generale, significans *comparare vinum*, sed πρίατο, nihil quam *emit*, pressè denotat. Sive pecuniam, sive rem dederint Laërtes & Græci,

Græci, animus idem fuit, emendi rem, quam desiderabant. Est sane & fuit semper quædam permutatio ab emptione Venditione plane diversa, & in quâ nullo modo discerni potest, uter sit emptor, uter venditor sit; utra merx, utrum vero pretium: Nimirum, ubi quis non animo vendendi rem suam, cum altero permutat, qui nec ipse rem alienam emptam velit; sed cum ita acciderit, ut huic res alterius, illi altera placeat, si de commutando invicem convenerit; ut si arma cum armis, liber cum libro, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur. Quod genus permutationis proprie vocatur ἀμοιβὴ Græcis, Celtis *Trocq*, Belgis ruilinge: quibus verbis & institutis, emptionis venditionis nomina minimè conveniunt, ut rectè Vinnius *d. loc. in fin. n.6.* Quin nec recentior Jurisprudentia ab illo discrimine, quo nihil ad judicium commune magis est factum, abhorret. Sic Imperator Gordianus Therasæ rescripsit, cum Titius habuit venale prædium & Cajus aliud prædium dedit pro illo, nullâ quantitate taxatum, ad exemplum actionis ex Empto inde agendum. Quod si Titius prædium venale non habuerit, permutationem videri factam *l. 1. C. de Permutat.* Quæ difinitio exerte illam distinctionem modò collocatam exhibet.

2. Ex hac disputatione facile equidem patet, non fuisse destitutos omni ratione Sabinianos, nihilque ex eorum sententiâ incommodi resultasse. Si tamen comparetur cum Proculejanâ, quam Juris auctores adoptarunt; minus utilem & popularem fuisse, non modo ex usu & opinione prævalente, sed etiam ratione civili constat: Quanto enim differentia contractuum certior & facilior apparet, tanto melior & utilior est in Jurisprudentia, quæ res omnes expedito inter cives usu æstimat. Nemo autem dubitat, quin reperto pecuniæ signatæ usu, quæ permutationes ex usu promiscuo sustulit, nota Emptionis Venditionis certior & civilior esset, Nummus, quam contrahentium intentio, & discretio, utrum uterque eodem, an dispari modo in permutatione se haberent. Quam incertitudinem non æque semper ad explorandum facilem, Sabiniani in ratione suæ sententiæ reddenda, differentiæ à nummo populari meritò postposuerunt. Non est igitur, quod hic Justiniani vel Pauli judicium in præferendâ Sabini sententiâ reprehendamus.

Ulpianus Lib. 1. ad Sabinum.

Sine pretio nulla venditio est. Non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem. L. 2. §. 1. d. Contrab. emp.

Justinianus Augustus.

Emptio & venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit: quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi

modi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint à partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione, & venditione. in pr. I. de Empt. Vend.

1. Modus perficiendi emptionem venditionem *in scriptis*, à Justiniano demum *πραγματικῶς* introductus & sancitus est in *l.* 17. *C. de Fide Instrum. d. pr. Inst.* In Pandectis illa differentia venditionis in scriptis & sine scriptis celebrata, nusquam extra hunc locum, reperitur. Unde Cujacius *in sent. Paul l.* 1. *Tit.* 17. §. *in contractu Gipban. in d. l.* 17. & Wissembachius in *Embl ad h. l.* verba *sine scriptis* à Triboniano sic adjecta esse conjiciunt. Quod ut probabile videtur, ita Censuræ causam vix probat justam: si Pandectas sub nomine Justiniani edens qui digerendum susceperat opus, aliquid de moribus ejus temporis, adspersit Tribonianus, secundum ea quæ diximus in *pr. hujus Operis ad Const. dedit.* §. *Tanta autem* Etsi an nihil incommodi sit in hoc emblemate, mox animadvertendum erit. Sed pergamus ad Textum.

2. Quæ in his locis tractatur species, ad Eunomicam rationem merito refertur. Emptionem Venditionem esse Contractum, qui solo consensu perficitur, satis constat. Nec obstat, quod sine pretio nulla sit venditio: Conventio enim de pretio sufficit: Numeratio non requiritur *h. l.* 2. §. 1. Sed quod additur, conventionem perficere emptionem *sine scriptis* habitam, indicare videtur, Emptionem Scripturâ perfectam, de quâ in *pr. h.* non esse contractum consensualem. Qualis igitur? Scripturarius & literarum obligatio? Id vero nequaquam dicendum esse, novit, quisquis didicit, quid sit obligatio literarum, Jure Codicis ac Institutionum. Nam in Pandectis illa species est incognita. Manet igitur Emptio Venditio in scriptis habita, Contractus consensualis, nec Scriptura ad *essentiam* . ad *τὸ τί ἐστι*, verum ad effectum pertinet, quem suspendit à perfectione scripturæ. Minus commodè igitur dictum videtur, conventionem perficere sine scriptis habitam emptionem; quasi non perficeret eam, quæ *scripto* celebratur: quod tamen contra demonstratum est. Sed hæc adjectio, *sine scriptis*, non infert, venditionem scripto celebratam non esse contractum Consensualem, sed ejus perfectionem non absolvi solo consensu, cum perfectio ejus à scriptura suspendatur, ut exposuimus. Scilicet, Hæc res ita communiter intelligitur, *Si inter partes fuerit expressum, ut Scriptura interveniat, non ante perfecta censetur, quam instrumentum sit conscriptum, eique subscriptum à partibus: Aut si à tabellione confectum, omnibus partibus sit absolutum.* Denique, *Tum verè scripturâ conficienda est emptio, cum hæc fuit mens contrahentium, ut in scripturam redigeretur l.* 17. *C. de fid. instr. verb. Quas in scriptis fieri placuit.* Ita D. Paulus Voetius *ad d. pr. Inst. n.* 12. *Mentem autem illam fuisse* docet, tum *si* quando *dictum fuerit, de contractu inito scripturam fieri debere, aliter non item.* Quamdiu autem, illo casu Instrumentum non est absolutum, & à contrahentibus subscriptum, pœnitentiæ locus est, altero que invito, alteri à Contractu resilire licet, ut docet Imperator in *d. Princ. & l.* 17. *C. de fide instr.* Atque ita Emp-

 tionis

tionis venditionis natura quæ scriptura fit, explicatur, idque ita comparatum est, ut præcipuos Contractus tam Emptionis Venditionis, quam reliquos consensuales, item donationes & Transactiones subvertat, ac ad incertituduinem extremam ab usu populorum & communi judicio alienissimam, redigat. Haud temere enim ulla majoris momenti Venditio, Locatio, Transactio initur, quin partes id exprimant, instrumentum super eo confectum iri, sive ut *scripturâ recipiatur*, sicut est in *d. l.* 17. plerumque etiam à Tabellione concipiendâ. Si tum, *donec aliquid desit ex his*, poenitentiæ locus sit, *emptorique vel venditori sine pœnâ recedere liceat à contractu*, sic usu veniet, ut venditiones immobilum rerum, etiam quæ publicè fiunt, in quibus ejusmodi pactiones vix unquam omittuntur, & Transactiones aliæque majoris momenti conventiones, sint elusoriæ; præsertim, si nec scheda, super ipso contractu inita & subscripta, ut est in *d. l.* 17. sufficiat, *quo alter aliquod jus sibi ex eodem contractu vel transactione vindicet*, *ut ibidem*; meritoque Mornacius ad *d. l.* 17. ex sententiâ Baldi, scribit, id non videri esse Juris aut rationis, aliterque semper esse pronuntiatum, ubi hæc quæstio in Foro ventilata fuerit, idemque de nostro Foro compertum habeo, nec de aliorum usu populorum dubitandi causa est. Quin si per testes, vel scripturam certo liqueat, contractum aliquem consensualem, indubitato partium consensu initum & firmatum esse, cum pacto, ut deinceps instrumento publico recipiatur, ante confectionem talis instrumenti, quæ satis longo tempore quandoque sequitur, partes inrevocabiliter & inrefragabiliter sint obligatæ: quo nihil æquius, melius, & juri Gentium ac utilitati Civili convenientius est.

3. Quomodo igitur hanc Constitutionem, cujus sententia præscripta est in *d.* §. 1. & superius exposita, cum Eunomiâ conciliabitur? Mornacius ex sententiâ Baldi non approbat hanc contractus, quis scripturâ fit observantiam, & hodie secus in judiciis, ati esse receptum quod & Grotius adfirmat 3. *Introd.* 14. *n.* C. §. quia nunc è quolibet pacto datur actio, multò magis igitur è contractu nominato per consensum inito & perfecto, licet instrumento necdum recepto; Cum scriptura tantum faciat ad probationem, non ad substantiam negotiorum *l. pen. d. Probat.* Sed hanc rationem de vi pacti hodiernâ, non sufficere, ad usum Legi contrarium Eunomiæ conciliandum, patet inde, quod pacta non aliter hodieque valent, quam ex mente contrahentium: Quâ sic expressâ, ut Contractus instrumento recipiatur, id actum videri volunt Textus illi Juris, ne priusquam scriptura sit absoluta, valeat obligatio: quâ in re Jus hodiernum de pactis ad actionem efficacibus nihil mutavit, nec mutare potuit. Si modo talis conventio de contractu in publicum Instrumentum redigendo, per se contineat hanc partium intentionem: quod cum ratione negatur, & re ipsâ usuque hominum refellitur; cum tales omni die contractus iniri soleant ita, ut in scripturam postea redigantur; neque tamen fas creditur, à Consensu firmo & probato resilire ad arbitrariam, altero invito, poenitentiam. Plane, si partes adjecerint, quamdiu scriptura non fuerit confecta & omnibus absoluta numeris, contractum non fore obligatorium, talis expressa conditio & suspensio obligationis non potest in dubium vocari, nec ullum ab Eunomia scrupulum accipit. Sed Justinianus *in d. pr. & l.* 17. loquitur *de Contractibus, quos in instrumento recipi convenit*, illos hoc

hoc ipso non aliter vires habere sancit, quàm si instrumenta in mundum recepta partiumque subscriptionibus confirmata fuerint. Hoc per solam conventionem de negotiis scripturâ comprehendendis effici, non habet rationem, & â judicio usuque communi abhorret.

3. Quid ergo tandem? Nos paulo secus quam vulgò, ut supra habuimus, hanc rem ex mente Justiniani intelligimus, attentiori consideratione, nisi fallimur, verborum, quibus utitur in *hoc princ. de Emptionibus, & Venditionibus, quæ scripturâ conficiuntur*, oppositis emptionibus & venditionibus, *quæ sine scripturâ consistunt.* Quales hæ postremæ? An tales, quæ penitus in scripturam non rediguntur? Quæcunque majoris momenti sunt, instrumentis confirmantur, & confirmari solitæ sunt olim hodieque. Non potest igitur hæc verba Cæsar, *quæ sine scripturâ*, accepisse, de venditionibus, quæ post initum consensum & perfectionem suam, instrumentis non recipiuntur, sed de talibus, in quarum *ipsâ* perfectione scriptura non adhibetur, & quibus opponit venditiones, quæ *scripturâ conficiuntur*; hoc est, quæ in ipso contractu suo scripturam requirunt. In majoris momenti negotiis, ad evitandas captiones, Emptor & Venditor, absentes, vel etiam in eodem loco agentes, *articulos*, ut vocant, sive conditiones, quibus placeat emptio Venditio, concipiunt, quos & quas secum invicem communicant, & sæpe commutant, addendo aliquid, emendando, minuendo, supplendo, donec ambo contrahentes, omnibus collatis & excussis, in unum scribendo consentiant. Ita contractus in scriptis celebratus dicitur, hoc animo, ut in mundum à Tabellione redigatur, nitide conceptum recenseatur, nec prius valeat, quam ab illis cum Minuto, quod vocant, collatum, exactè cum eo convenire deprehensum sit. Hoc etiam sine dubio volunt verba *l. 2. §. 1. h. t. sine scriptis habitam emptionem*, Item *in d. l. 17.* Quas IN SCRIPTIS FIERI placuit. Et hoc sensu nihil in horum textuum argumento ab usu communi rectâque ratione alienum inesse videtur. Adde sis Mornacium *ad d. l. 17.* & Prælect. nostras *ad h. tit. n. 2. & 3.*

Pomponius Lib. IX. ad Sabinum.

Et liberi hominis, & loci sacri, & religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur. l. 4. d. Contrah. empt.

1. Censura. Quanto rectius Paulus in *l. 34. §. 1. h. t. Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio rectè fit, quas vero natura, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla venditio est?* Cujus rei Dominium transferri non potest, ita ut promissio & omnis contractus super alienatione fit nullius momenti, quomodo ejus emptio venditio intelligitur? Nec ad rem pertinet, quod emptor rei conditionem ignoraverit, dum v. gr. liber esset homo, an servus, dignoscere non poterat, ut est *in l. 5. h. t.* Sufficit enim, quod rei natura respuit omnem Dominii translationem, ut emptionem venditionem esse nullam intelligamus. Nec enim hactenus ratio diversa est in Emptione Venditione, quam est in Stipulatione, de quâ docet ita Justinianus in *§. 1. & 2. Inst. de Inutil. stipul. At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse*

esse non potest, dari stipulatus fuerit; veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat: aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. Idem juris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel rem publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum: vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuerit: vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest, & res sua stipulationis esse desinere potest: sed protinus inutilis est. Idem contrà, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, exinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit, LUCIUM TITIUM, CUM SERVUS ERIT, DARE SPONDES? & similia, quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt, non modo scil: inter Consentientes, sed ne quidem inter ignorantes. Ab omni obligatione dicitur aliena, sicut est, hominum liberorum, rerum sacrarum, & quæ haberi non possunt rerum natura; quæ per ignorationem contrahentium non potest redigi ad commercii facultatem.

2. Quid igitur earundem emptio venditio esse dicitur? Non potest hoc aliter intelligi, quam ut Justinianus id explicat in §. *ult. Inst. de Contrab. Empt. Vend. Loca sacra vel religiosa, item publica (veluti forum, basilica) frustra quis sciens emit, quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit: habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit. confer. l.* 70. *h. t.* Scilicet, emptio talium rerum esse dicitur, quatenus actio ex empto in id quod interest datur ignoranti, non alienatio fiat. Quid ergo Pomponius in *l. 6. in pr. h. t. Sed Celsus filius ait, hominem liberum, scientem te emere non posse: nec cujuscunque rei, si scias, alienationem esse: ut sacra, & religiosa loca, aut quorum commercium non sit: ut publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico usu habetur, ut est campus Martius. Si scias*, inquit, *earum rerum non est alienatio.* Si ignoret igitur emptor, est alienatio, ut videtur inde sequi. Sed potius est exemplo hoc, argumentum à Contrario sensu esse fallax. Ipsa res loquitur, non posse rerum quæ haberi non possunt, esse alienationem, seu sciverit, sive ignoraverit emptor, quia emptoris ignorantia rerum naturam invertere non potest. Alienatio sumitur in *d. l. 6.* pro contractu, quo id agitur, ut res alienetur, qualis est Emptio Venditio. Scienti esse rem alienam, Contractus ille non valet; Ignoranti est Emptio, duntaxat ut id quod interest consequatur. Non est nullius momenti contractus, ex quo datur actio, sed hæc in id quod interest, actio est ex Empto: Necesse igitur est Emptionem intelligi, ut est in *h. l.* 4. Sed cur magis quam ex Stipulatione de rebus sacris aliisque datur actio ex Empto? Nam Stipulationem simpliciter & abrupte inutilem esse, vidimus adfirmantem Justinianum in *d.* §. 1. & 2. Nec quidem ignoranti in id quod interest actio ex Stipulatu datur usquam. Id quidem quod ad Emptionem interesse juxta alios fatetur Vinnius ad *d.* §. 2. Differentiæ rationem non reddunt illi cur ita sit, quod qui rem commercio exemptam emit ignorans, in id quod interest actionem habeat; qui rem talem ignorans stipulatus est,

est, nihil actionis habeat. Ratio petenda videtur à naturâ Contractuum stricti Juris, bonæ fidei contractibus oppositorum. In illis enim nihil peti potest, quam id ipsum, de quo inter partes actum fuit, ut vidimus ad *l. 7. d. Negot. gest.* Quando igitur nihil ejusmodi reperitur, evanescit actio; Etsi de dolo, si quis ignorans, hac causâ damnum passus sit, actionem videri dandam, ex Johannis Fabri sententiâ monet Vinnius *d. loc.* quæ tamen ipsa, nullam ex stipulatu actionem dari satis arguit, &c, quod actio de dolo, non nisi dificiente omni aliâ, datur *l. 1. §. 4. d. dol. mal.* Sed in bonæ fidei judiciis, quale est Emptio Venditio præ cæteris, non modo de alienatione rerum, sed etiam de omnibus, quæ ex bono & æquo, etiam sine expressâ conventione, præstanda sunt, agitur, ut eadem actio de illis competat. In Stipulatione quod dictum est: In emptis & Venditis, potius id quod actum, quàm quod dictum sit, sequendum esse docet Pomponius, adeò ut fundo etiam inempto facto, supersit empti & venditi actio *l. 6. §. 1. h. t.* Præter quod in Emptione Venditione pretium pro re datur, ubi major ex inæqualitate ejus quod interest, ratio habetur, quam in Stipulatione usu veniat. Hæc sententiam hujus loci extra censuræ periculum collocare videntur.

Ulpianus Lib. XXVIII. ad Sabinum.

Quid tamen dicemus, si in materia, & qualitate ambo errarunt? utputa si & ego me vendere aurum putarem, & tu emere, cum æs esset? utputa coheredes viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset, magna ex parte, ænea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. Nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio. Si autem æs pro auro veneat, non valet. L. 14. d. Contrah. empt.

1. Super valore Venditionis, in qua partes erraverunt circa materiam, non modo tam variè, sed etiam inepte subtiliter Juris Conditores argutantur, ut hæc res non modo ad Antinomicum, quod nihil ad nos hactenus, sed etiam ad Eunomicum pertineat institutum, & *Autumno* Censuræ materiam præbeat. Valere dicitur Emptio Venditio, rei, quam solide auream putarunt Contrahentes, quia quod inauratum est aliquid habet auri; cum, si nihil haberet auri, Emptio Venditio non valeret *h. l. 14.* Rursus, si mensa argento cooperta ignoranti ab ignorante pro solidâ vendita sit, nullam esse Emptionem respondet Pomponius *in l. 41. §. 1. h. tit.* Quot modis Accursius aliique recentiores, etiam Faber *hic*, illa concilient, nihil opus est dicere; Consentiendum est illis, qui separanda esse inaurata, vel inargentata ab auro argentove coopertis, quos laudat Wissembachius *disp. 35. ad Inst. th. 9.* intelligunt, rationemque reddunt, quamobrem inaurati pro aureo valeat, aut cooperti pro solide aureo non valeat emptio venditio. Scilicet, Inauratum habet aliquid auri; nam quod auri est in rebus inauratis partem corporis facit, ejusque poros ingreditur, nec inde illæso rei corpore, separari potest: secus ac aurea vel argentea lamina, quâ vas aliquod aut mensa cooperta est.

Habuimus autem hanc regulam; si corpus rei venditæ aliquid auri habeat, valere venditionem; si nihil habeat, esse nullam Venditionem *h. l.* 14. *l.* 9. §. 1. Ubi, *nullam esse Venditionem puto, quoties in materiâ erratur.* Sed dicat aliquis; illam mihi differentiam ex se, qui non physicam sed Jurisprudentiam tractat, æstimet, ineptiæque & absurditatis absolvat: Inaurati corporis venditionem valere; Aureâ laminâ cooperti venditionem esse ipso jure nullam: Cum sine dubio plus sit auri in lamina mensam ambiente, quæ integra avelli potest, quam in superficie inauratâ. Atqui Contractuum & Commercii rationes in re pecuniariâ consistunt: quòque major est læsio, tanto Nullitati contractum magis admovendum esse, ratio dictat.

2. Respondendum ad hanc objectionem, Artis regulas & positiones sibi ipsis conformes esse debere. Cum semel hæc positio recepta est, Valere venditionem rei aliquid auri habentis, consentaneum fuit: Inaurati venditionem valere, siquidem revera aliquid auri in eo reperitur. Contra, quod auro coopertum est, ut inde possit avelli, in se nihil habet auri. Ergo secundum alterum positionis in Arte receptæ membrum, hæc Venditio valere non potuit. Nec Ars rerum naturam, nec positiones semel stabilitas mutare potuit, etsi quandoque discrimen in effectu pecuniario subtilius evadat. Non ubi ratio pecuniaria diversimodè se habet, incontinenti Artis regulæ mutari possunt. Exemplum in Accessione, quæ plerumque supponit, rem principalem accessoriâ esse meliorem & pretiosiorem. Nec tamen si Accessoria pluris sit, ideo desinit esse Accessio, ut quod majoris est pretii, fiat principale. Imo quod pretiosius est, nihilominus Accessorium manet *l.* 19. §. *ult. d. Aur. & arg. leg.* ubi gemma longe pretiosior annulo, tamen hujus accessio habetur & est. Nec magis inexpectatum videri potest, quod in horum textuum argumento continetur.

3. Sed ut omnis hæc, de Errore circa Materiam doctrina compendio intelligatur, ita habendum est; Aut erratur in ipso rei venditæ corpore, & emptio simpliciter nulla est *l.* 9. *in pr. &* §. *ult. h. t.* Vel erratum est in qualitate rei; Et distinguitur: Si error est in nuda rei qualitate, contractus omnimodo valet, ut si in nomine, vel in pretiositate sit erratum *d. l.* 9. §. 1. *l.* 10. *&* 11. *h. t.* Sin involvat quodammodo errorem in corpore, ut, si cum aurum putes, emas æs: interest iterum, Error totalis sit, an partialis, ut sic loquar. Si prius, ut, si totum sit æs, Emptio Venditio plane nulla est *d. l.* 9. *in h. f. l.* 14. *in fin.* ita, ut quod datum est condici queat, *d. l.* 41. §. 1. *h. t.* Sin ex parte fuerit erratum in materiâ, est quidem venditio *h. l.* 14. sed venditor in id quod interest, emptori tenetur *l.* 21. §. 2. *d. Act. empt.* Unde paret, disputationem esse tantum de subtilitate Juris, vel potius de connexione positionum Artis, quæ Artificibus negligenda non est; pecuniarias tamen præstationes, utrovis intellectu in idem resolvi. Cæterum in *d. l.* 21. §. 2. Cujacius putat legendum *Emptionem non esse, comment. ad d. l.* 22. quâ de re videbimus *in loco.*

4. Sed nondum Eunomiæ satisfactum est. „Cur enim error in materia non „vitiat stipulationem, *in l.* 22. *d. V. O. Si id quod aurum putabam, cum æs esset,* „*stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus æris nomine, quoniam in corpore consen-* „*serimus, cum tamen ejusmodi error emptionem venditionem ipso jure nullam faciat.*

„An

,, An quia ſtipulatio eſt ſtricti juris, Venditio autem bonæ fidei, ut Duarenus ,, reſpondet? minimè: nam pignus eſt bonæ fidei, §. *actionum* 28. *Inſt. de Action.* ,, de quo idem proditum eſt, quod de ſtipulatione, *l.* 1. *D. de pigner. Act.* An, ,, quia ſtipulatoris intereſt, æs ſaltem eſſe in obligatione; Emptoris autem, ne ,, ullo modo in ære conſiſtat emptio, quod traditum eſt pro auro, ut Cujacius ,, commentatur ad *d. l.* 22.? Nequaquam. Petitur enim principium. De hoc ,, quæritur, cur ſtipulatoris magis quàm emptoris interſit, in ære ſaltem con- ,, ſiſtere obligationem. Quinimò ſtipulatoris intererat, aurum potius habere, ,, quod ſtipulatus eſt, quàm æs, quod ſtipulari non habuit curæ. Donellus hanc ,, reddit| differentiæ rationem: *In ſtipulatione*, inquit, *qui certum corpus ſtipula- ,, tur, pro eo nihil præſtat, & dum nihil præſtat, intereſt tale corpus habere po- ,, tius quam nullum: in emptione contrà pretium eſt conſtitutum, quod pro maſſa ænea, ,, quam auream putabat emptor, venditori præſtat: inter quod pretium & æneam ,, maſſam cùm nulla ſit proportio, non eſt mirum, ſi emptio ſit nulla.* Sed hæc ratio ,, ex iis, quæ ſupra in Diſput. de ſtipulationibus dicta ſunt, facilè convellitur, ,, ubi oſtenſum, ſtipulationem pendere ex negotio contracto, & aliis obligatio- ,, nibus firmandis adjici ſolitam. Ergo ſecundum Wiſſembachium, cujus illa verba ſunt, *ad Inſt. diſp.* 35. *n.* 8. hæc res κεῖται ἐν ἀπεμφάσεις, non habet certam rationem Eunomicam. Sed non oportet eſſe nimis moroſos in Civilis prudentiæ rationibus exigendis. Cenſeo nihilominus eſſe verum, quod Duarenus ait: In ſtipulatione nihil invicem promitti, ſecus ac in Emptione Venditione. Quomodo autem ſe habeat Contractus, cui ſtipulatio adjicitur, à ſingularibus pendet; in univerſum difiniri non poteſt. Et præterea, ſi Stipulatio novandi animo adjecta fuerit, ut ſæpe fieri diximus *ad l.* 71. *Pro Socio*, nihil abſurdi ſtatuet, qui præſtationes Contractus hac in parte ſecundum Stipulationis adjectæ naturam æſtimandas putaverit; idque facilius ideo concedi poteſt, quod in eventu pecuniariæ præſtationis, nihil in utràvis ſententiâ diverſitatis eſſe demonſtravimus.

Pomponius Lib. xxxi. ad Quint. Mucium.

Quod vendidi, non aliter fit accipientis; quàm ſi aut pretium nobis ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori ſine ulla ſatisfactione. L. 19. *d. Contrah. empt.*

1. Non referrem ad Eunomicam diſputationem, hujus Textus argumentum, niſi in Foro compertum mihi eſſet, homines in eâ fere ſententiâ verſari, ut nec uſus fere ullius hoc jus, nec æquitati vel utilitati promiſcuæ putent eſſe conſentaneum: Aut ſaltem ejuſmodi addant limitationes, quæ uſum rei fere abſorbent; dum volunt, in dubio, ex omni Traditione rei Venditæ præſumi fidem eſſe habitam, ut etiam ex communi DD. ſententiâ monet Schneidewijnus *ad* §. 41. *Inſt de A. R. D.* Unde ſequeretur, dominium venditori poſt Traditionem non reſervari, niſi quando ſpecialiter id caviſſet, aut de fide non habendâ proteſtatus eſſet. Verum alii rectius, etiam Pragmatici, quos inter eminet Gailius

lius 2. *obs.* 15. sustinuerunt istam labem hujus doctrinæ: Quæ nititur Præsumptâ voluntate partium, præcipue Venditoris, qui non potest videri dominium transferre voluisse, quam si de Pretio securus sit; solutione, satisfactione, vel alio fidei habitæ argumento, ut hic textus & Justinianus in *d.* §. 41. docent. Per satisfactionem intelligentes pignus, aut fidejussionem aliosque diversos à solutione modos. Quæ sint alia fidei habitæ argumenta, difficilius per species exprimitur, quam generaliter ponitur, quod Facti res sit, an fides habita sit vel secus, ideoque probandum esse emptori, fidem sibi habitam fuisse, velut, si terminus solutioni adjectus sit: nisi rursus sub protestatione non habitæ fidei, quod fit apud nos, in venditionibus immobilium rerum annuâ, bimâ, trimâ die factarum. Una videtur esse recipienda, satis latè patens exceptio, in rebus minutim distractis, si venditor merces emptoris simpliciter traditas aut ultro missas atque retentas, in Codicem *Crediti* & *Debiti* sui retulit. Nam credere est fidem habere. Proinde quod à venditore sponte relatum est inter credita, ejus fides non habita esse videri non potest: Sed hunc locum exequi totum, qui non nisi obiter ad hoc institutum spectat, consilium non est. Vide sis, quæ diximus in *Jurispr. Hodiern. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 4. *n.* 32. *& seqq.*

Ulpianus Lib. XXVIII. ad Sabin.

Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere: ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit. L. 25. §. 1. *d. Contrah. empt.*

1. Mira & absurda videtur hujus loci doctrina, præsertim, si amplietur aliâ positione Juris, de quâ pariter agendum est, *Venditorem necesse non habere rem venditam tradere*, id est, ne possessionem quidem transferre. Quâ de re in utramque partem tam oppositæ sunt JurisConsultorum hujus ævi sententiæ, ut alii alios non cessent Eunomiæ male habitæ accusare. Nam Antonius Faber *ad h. l.* adeo miratur aliquos in dubium vocare, vel sentire, quod venditor ad rem venditam, si potest, tradendam, præcisè cogatur, ut etiam ægre ferat, esse, qui adhuc ita sentite, post ea, quæ ipse *in postrema chiliadis suæ parte* scripserit, ausint & perseverent. Aliquanto majori specie rationis alii non possunt satis mirari, Viros graves & prudentes in eam potuisse devenire sententiam, ut à libidine Venditoris suspendant implementum contractus frequentissimi & generi humano maximè necessarii, velitne rem venditam tradere, quam habet in manibus, an præstando id quod interest se liberare malit. Quâ facultate solutior & inanior est Emptio venditio, cujus usu commercia constant, quam Contractus innominati sunt, in quibus pœnitentia ut *ad tit. de Condict. C. d. C. non sec.* habuimus, locum tenet, jure singulari â nominatis contractibus alienissimo. Quâ, inquam, facultate arbitrariâ implendi emptiones Venditiones, aut id quod Interest offerendi, necessario turbari forum, omniaque misceri patet eo, quod ejus quod interest probatio difficillima & intricatissima sit, imo plerumque non possint emptores, quæ visa sunt comparantes, dicere, quid lucri vel damni ex impleto vel non impleto contractu sint habituri §. *ult. l. de V. O.* Unde quotidianos

sanctis-

fanctiſſimi contractus, in quo præ cæteris bona fides & promiſcua utilitas regnat, eluſiones, confuſiones, inrita commercia, lites fine fine pullulare neceſſe ſit. Cujus abſurditatis reſpectu non poſſum omittere, quod memini, quendam Eruditum Juvenem, mecum, poſt inſtitutionem ab aliis hominibus claris in diverſis Academiis perceptam Wiſſembachio noſtro operam dantem, cum hunc ſerio & valido laterum niſu, ut erat *δεινὸς ἀνὴρ ἐν πάντοις*, diſputantem audiviſſet, Venditorem ad rem tradendam non neceſſario teneri, ſed ejus quod intereſt præſtatione Emptori oblata liberari poſſe, deinceps fateri ſolitum; ſe non poſſe Wiſſembachium adſpicere, quin ei continuo in mentem veniret, Venditor non obligatus ad tradendum, & reputatio, qui fieri poſſet, ut ſani hominis, nedum tanti JurisConſulti cerebro ſedere poſſet opinio tam abſurda, tam à ratione non minus *quam ab* uſu civili ipſoque ſenſu communi remota, quam illam eſſe ſibi perſuaſerat. Sed præfationis & præjudicii ſatis: Rem ipſam cernamus, ut videamus, quâ ratione Viri Doctiſſimi in re populari & obviâ tam infeſtè *τὸ δὶς διὰ πασῶν*, in alia & alia ſe obfirmare potuerint.

2. Primo agendum videtur de poſitione Adverſativâ hujus Textus: *Venditor ab Emptore cogi non poteſt ad dominium transferendum, Promiſſor à Stipulatore poteſt cogi:* cum uterque ſit contractus, quo id agitur, ut dominium transferatur; utro autem caſu haſce theſes intelligemus? Quando venditor aut promiſſor eſt dominus ipſe, An ubi res aliena eſt vendita vel promiſſa? Poſteriore caſu, non videtur eſſe diſparitas inter Emptionem Venditionem & Stipulationem, quia Promiſſor non magis, quam Venditor alienæ rei dominium transferre poteſt, ſed utrumque in id quod intereſt teneri, dictu neceſſarium, nec alius datur exitus. De priore caſu habemus Ulpiani doctrinam in *l.* 11. §. 2 *d. Action. Empt. Et in primis ipſam rem præſtare venditorem oportet, id eſt, tradere. Quæ res, ſi quidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum: ſi non fuit, tantùm evictionis nomine venditorem obligat: ſi modò pretium eſt numeratum, aut eo nomine ſatisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.* Si Venditor eſt dominus, emptorem dominum facere debet; ſi non eſt dominus, ex inritâ venditione tenetur in id quod intereſt aut amplius. Quod nec aliter in Stipulatione habere ſe poteſt. Unde igitur, aut in quo diverſitas? Imo vero, dicunt Viri clariſſimi, in Emptione Venditione Tradendi nulla neceſſitas, in Stipulatione contra. Si venditor ne quidem tradere cogitur, multo minus ad dominium in emptorem transferendum tenetur, ut ſic bene ſe habeant oppoſitæ in hoc textu orationes: Ergo faciendum eſt, ut primo hac Quæſtione defungamur; An venditor, qui tradendæ rei facultatem habet, ad rem venditam præciſe tradendam teneatur, an præſtando id quod Emptoris intereſt, liberare ſe poſſit: quod utrovis latere ad Eunomiam ſpectare jam conſtat.

3. Non eſt animus univerſam hanc ordine perſequi & exequi Controverſiam. In pauca contraham orationem, ut tamen deciſionis ratio & valor enixe conſtare queat. In omni Contractu, qui fidem rumpit, tenetur in id quod intereſt, & nihilo ſecius ad implendam fidem contractus, vel ſimul, vel ſeorſim; Simul, inquam, ad implendum, quod promiſit, & in id quod intereſt, ob moram vel defectum a ſe commiſſum. Vel ſi contractus implendi facultas amplius non ſit,

in universum id quod interest tantum. Hanc obligationis in quovis contractu summam esse nemo negat, ut probari necesse non sit. Quid enim? Commodatarius non restituit rem commodatam, usu ad quem concessa erat, finito, nonne tenetur in id quod interest ob moram & contumaciam? An ideo dominus rei commodatæ non potest urgere traditionem rei ipsius? Insanus sit, qui dubitet; qui tam in id quod interest, quàm ad traditionem dari actionem negat, modò tamen idem nobis petatur. Quod si rem abscondat, & procaciter neget restitutionem, seque nullo modo cogendum præbeat, quid aliter quam in id quod interest à domino rei commodatæ agi potest? cum utique pœnam corporis, aut quæstionem per tormenta ad fidem Contractuum implendam, non esse proditam constet. Idem est in Depositario, in Conductore, Creditore, & omnibus, qui res tenent aliis è contractu restituendas; Tenentur in id quod interest, si res procaciter reddere nolint. Nulli tamen adhuc unquam in mentem venit, docere, quod Commodatarius, depositarius, creditor aut conductor ideo quod in id quod interest alterius ob procaciam non reddendi tenentur, liberare se possint à necessitate res ipsas tradendi. Quin judicio ad tradendum conventi, procul omni dubio, si de facto constet, ad tradendum condemnabuntur. Hæc de contractibus istis & similibus, tam plana & indubitata sunt, ut nemo juris peritus aut imperitus probationem exacturus sit.

4. Conferamus cum hisce, quid Leges de Venditoris ad tradendum obligatione dicant. *Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur l. 1. in pr. d. Action. empt.* Rursus; *si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procaciâ venditoris non fiat, quanti interesse, compleri emptionem fuit arbitratus Præses provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit l. 4. C. de Action. Empt.* Nihil hic audio, quod non æque Depositario & Commodatario applicari possit; si procacia suâ res non tradant, in id quod interest damnantur. Sed ut inde nemo in his contractibus adserit, actionem ad ipsam traditionem non dari, ita nihil est causæ in illis quidem legibus, quod venditorem à Tradendi necessitate liberet. An plus est in *l. 17. C. de Fide Instrum.* ubi *Necessitas venditori imponitur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest ei persolvere?* Communis hæc est omnium lex contractuum, ut fide non servata, in id quod interest teneantur: Ni contractum perficiant, in *interesse* damnantur. In hoc enim desinit omnis in contractibus executio, si qui procaciter implere fidem recusent. Nihil est hic peculiare venditioni, sicut idem in *d. l. 17.* tribuitur Donationi, Transactioni *aliive cuicumque causæ.* Nec tamen inde magis sequitur, eos qui contractum impleverunt, à fide Traditionis servandâ esse liberos, quam liberati sunt homines à præcepto non furandi, ideo quod aut rebus alienis abstinere, vel pœnam luere jubentur. Nam id quod interest in contractibus est loco pœnæ, cum aliud perfidiæ malum retribui non possit, in contractibus, inquam: Venditor carnis, qui *fide conventionis ruptâ,* illam tempore placito tradere noluit, ex empto actione, quanti intersit emptoris, convenitur, in *l. 10. C. de Act. empt.* Tu dic, si placet, Ergo liberatur venditor à tradendi obligatione. Itane liberatur suffragio legis, *qui fidem conventionis rupit?* Pulchra mehercle philosophia Juris! Imo fides rupta tam ad id quod promisit, quam

quam ad id quod intereſt cogi jubet; ut ne bis tamen idem conſequatur. Scilicet, Ad Traditionem tenetur, ut primam venditionis fidem exſolvat: In id quod intereſt, ſi ob moram *tempore placito* rem non tradiderit. Ad modum ejus quod interſit æſtimandum pertinet Celſi reſponſum in *l. 12. d. Action. empt. Si jactum retis, inquit, emero, & jactare retem piſcator noluit, incertum ejus rei æſtimandum eſt.* Non opus eſt dicamus, hic venditorem ad *factum* teneri; facti autem obligatione quemque liberare ſe poſſe, præſtando id quod intereſt. Etenim magis eſt, ut nec hoc quidem ratio patiatur; Præter enim quod Traditio venditoris, prout facti obligationes in Jure accipiuntur, facti non eſt; ſancta non minus fides eſt, in factis, quam in rebus promiſſis. Sed hoc in ſuo loco videbimus. Nihil igitur eſt *in d. l. 12.* cur is qui jactum retis vendit, ad rete, ſi poteſt, jaciendum non teneatur, & convenire nequeat, ſed eâ gratiâ litigare quis velit? Non negat agendi copiam Celſus; ſed quia vix eſt, ut hoc uſum civilem habeat, id quod intereſt monſtrat. In quod etiam definit ipſa condemnatio ad factum; Si enim venditor inducat animum præfracte, ut retem jacere nolit, etſi condemnatus; quid faciet Victor, niſi ut pecuniâ victum luere cogat pervicaciam? An & tum dicetis, eum ſolvendo id quod intereſt liberari? Fiat, & liberentur ita omnes condemnati: Hoc Eunomis non gravatur: Omnia quippe judicia ſunt abſolutoria, ſi reus quod eſt extremum in juriſdictione ſuſtinuerit & præſtiterit. Idem juris eſt, *ſi quod extraxit piſcium venditor emptori reddere noluit d. l. 12.* Nec intereſt quicquam, niſi quod æſtimatio tunc eſt promptior & liquidior: *Id enim æſtimari debet quod extraxit*, ait Celſus. An hoc ipſum quod extraxit, peti non poteſt? Quid nî, de jure, quod venditum eſt, petere liceat? Cur igitur non dixit hoc Celſus? quia notius & certius erat nihil; diſcrimen id quod intereſt petendi exprimere voluit in utroque caſu, ut eventum rei, qualis eſt ſemper in caſu fidei ruptæ, deſignaret, perfidiam Reus eo quod intereſt ut luat. Quid vero diceret Celſus, peti poſſe judicio piſces? Riſum debuiſſet lectoribus, ſi de piſcibus vivis judicio licere contendere dixiſſet, tradendis, dum putreſcerent. Idem de carnibus in *d. l. 10. C. de Act. Empt.* intelligendum. Juris Auctores ita quæſtionum theſes definiunt, ut ad uſum in hypotheſi popularem & civilem reſpiciant; qui nullus eſt in judiciali contentione ſuper traditione corporali, ſpecificâ rerum; quæ ſervando ſervari non poſſunt. Denique, nihil eſt rectius, æquius, melius, uſu & conſenſu generis humani receptius; quam quod Diocletianus & Maximianus Auguſti Gratiano reſcipſerunt; *Non eſt probabilis cauſa, propter quam reſcindi conſenſu factam venditionem deſideras. Quamvis enim duplum offeras pretium* (qui eſt terminus ejus quod intereſt extremus *l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod inter. prof.*) *Tamen invitus ad reſcindendam venditionem urgeri non debes* in *l. 6. C. de Reſcind. vend.* Nullum majus ingeniorum, etiam acutiſſimorum, exhiberi poteſt ludibrium, quam videndo ſe fatigantes viros eruditos, in hoc textu, ad ſenſum venditoris non obligati ad traditionem, quo nullus inutilior & incivilior eſſe poteſt, trahendo, torquendo. Denique, ne quis exiſtimet, tralatitiam hanc quæſtionem, ad Tractatum Eunomicum referri non debuiſſe, nihil hoc inſtituto dignius erat, quam purgare jus Romanum à poſitione noxiâ & abſurdâ; venditorem poſt rem ven-

Pppp 2 ditam,

ditam, conventum ad implendam fidem contractus, audire dicentem, laudante Lege *Vendidi equidem: Sed non placet rem tradere. Dic quid intersit tua*: quod plerumque nihil, aut probatu difficillimum est. Serva fidem quam dedisti, est digna Legislatore, digna Judice vox: Si non servas, ad hoc comparatam scito sacram Judicii vim & auctoritatem, ut mali cives ad fidem servandam adigantur.

7. Hac igitur positione in Evidenti luce posita, Venditorem præcise teneri ad rem, si possit, tradendam, propius admovemur huic positioni modo sepositæ; *Venditor necesse non habet, rem venditam emptoris facere h. l.* 25. §. 1. Imo necesse habet, rem tradere scilicet: consequenter, si dominus sit ipse, rem facere debet emptoris *d. l.* 11. §. 2. *d. Action. empt.* Si non sit dominus, per rerum naturam fieri non potest, ut emptorem faciat dominum: Quo respectu si Ulpianus *hic* velit, necesse non habere venditorem, fundum venditum emptoris facere, nihil frigidius & alienius expectatione Lectoris, aut officio Juris-Consulti videtur, cum hujus sit, de jure respondere, non ad impossibilia facti flectere juris positiones. Si quoties potest dominium transferri, tenetur ad hoc Emptor, ut certe eum teneri dictat idem Ulpianus in *d. l.* 11. §. 2. nihil erat simplicius, rectius, quam hanc collocare positionem; necesse habere venditorem fundum emptoris facere. Nam si non posset, eo quod alienus esset, ipsa res loquebatur, eum necesse non habere, facere, quod nullo modo fieri posset. Rursus, Oppositio Stipulationis non minus intricat absurdæ connexionis. Ait Ulpianus, in Stipulatione rem contra se habere. Numquid igitur ad plus obligatus est promissor, quam ad rem stipulatoris faciendam, si res ipsius sit? Non potest aliter, rursus per rerum naturam: Quomodo enim rei alienæ dominium transferat promissor magis quam venditor? Certe in id quod interest tenebitur promissor, si rem non faciat stipulatoris. Atqui ad hoc etiam venditor tenetur *d. l.* 11. §. 2. Quid igitur inter has species differentiæ, quis sensus oppositarum positionum in ha *Lege* 25. §. 1.? Quidam dicebat, legendum esse, Ut nec *cogitur, qui fundum stipulanti spopondit.* Quo ita comparatio, non oppositio sit, inter venditionem & stipulationem: Et JurisConsultus ita respexerit ad casum, quo res vendita, promissa fuerit aliena, venditore, promissore, forsitan, ignaris, ut fit. Equidem si nullæ essent unquam proditæ emendationes duriores, non pessime ageretur cum Crisi juridica: Ratio enim vult, eandem hac parte conditionem venditionis, inquam, & Stipulationis esse videri: Nam ut in venditione *id agitur*, ut dominium transferatur, *l. pen.* §. *ult. d. contrab. empt.* ita nec aliud de stipulatione prædicari potest, quam *hoc agi*, ut dominium transferatur, utrumque vero cogi, si domini sint ambo; si neuter sit dominus, neutrum posse dici cogendum.

9. Doctior est emendatio Rævardi 4. *var. c.* 19. cujus inscriptio est hæc; *Indicatur Triboniani quoddam facinus & explicatur Ulpiani locus perdifficilis*, de quo hic agitur scilicet. Rævardum laudat & sequitur Wissembachius *Emblem. ad h. l.* Hi autem volunt, Ulpianum primam hujus L. positionem adfirmatè habuisse, atque ita scripsisse, *Qui vendidit, necesse habet, fundum Emptoris facere.* Tribonianum addidisse negationem, quia tempore Justiniani sublatum erat domi-

dominium Quiritarium, quod olim mancipatione, vel in jure cessione, vel denique usucapione acquirebatur, ut Ulpianis *Fragm. Tit. 1. & 19.* docet; sine quibus res quidem erat in bonis, sed non in dominio. Olim venditor ad dominium aliquo istorum modorum transferendum tenebatur, & sic rem Emptoris facere; Hodiè non tenetur ad istos modos, qui abrogati sunt, & ita necesse *non* habet fundum emptoris facere, ut scripserit Tribonianus. Sed ratio illa *Ræverdi* utcunque Wissembachio placuerit, & antiquariæ scientiæ obtentu blandiatur, difficultatem magis indicat, quam absolvit. Primo enim nihil facit ad diversitatem venditionis & Stipulationis: Sed exigeret, ut altera negatio accederet & legeretur in secundâ positione hoc modo, *Ut NEC Cogitur qui fundum Stipulanti spopondit:* quod Wissembachio non animadversum. Rævardus fatetur; Unde *Negligentiam*, inquit, *Tribon:ani vehementer accuso, quod unica negatione adjecta contentus fuerit.* Miser Tribonianus qui in tam brevi sententiâ non potuerit ita loqui, ut sibi ipsi constaret, cum in modo præstandi dominii per mancipationem vel cessionem nihil inter Venditionem & Stipulationem interfuerit. Sed Rævardus ita in illa expositione palam supponit, Venditorem absolutè teneri ad Traditionem, quia tenebatur olim ad Dominium mancipatione vel cessione præstandum. Quod tamen Wissembachius aliter nos docebat aliterque scripsit, etsi quod ex Rævardo adsumpsit: immemor connexionis, id ipsum præ se ferat. Quicunque igitur Venditorem non teneri ad traditionem statuit, hanc emblematicam Crisin nullo modo admittet. Nec mihi pro adversâ hypothesi sapit. Quid enim ad rem pertinet, Dominium mancipatione vel Cessione, ut olim, an simplice Traditione transferatur, ut hodiè Venditoris obligatio inde nullam recipet mutationem. Si olim rem emptoris facere debuit cessione vel mancipatione, nunc ad idem tenetur per Traditionem, nec ea res mutandæ lectionis causam Triboniano præbere potuit. Simplex enim traditio ex causâ alienandi nunc idem valet, quod olim Cessio vel mancipatio §. 40. *I. de R. D.* Denique, Venditorem simpliciter ad rem emptoris faciendam non teneri, cum rei alienæ venditio valeat *l.* 28. *h. t.* non minus verum fuit ante, quam post Justinianum *d. l.* 11. §. 2. *d. Act. Empt.*

10. Ergò emblematicâ Crisi & emendatione textus abstineamus, censeo. Quærenda est alia Emptionis Venditionis & Stipulationis ratio differentiæ, quam à nemine adhuc, quod viderim, serio quæsitam miror. Enimvero à naturâ contractuum vel differentiâ dominii per mancipationem vel per traditionem præstandi frustra differentiæ rationem peti ex iis quæ dicta sunt, abunde colligi potest. Ab usu forensi Romanorum arcessenda videtur. Solenne fuit in Foro Quiritum, Venditioni duas subjicere Stipulationes, unam de vacua rei possessione præstanda, *l.* 3. §. 1. *d. Act. Empt.* Alteram, de Evictione *Rubr. & tot. tit. de Evict. & duplæ Stipulat.* præter Ædilitias stipulationes, quæ plures fuere, de quibus in *Tit. de Ædil. Ed.* Prima Stipulatio conveniens erat naturæ negotii, ut venditor quicquid in se esset, hoc se promitteret esse præstiturum; quod erat, evacuare possessionem & rem tradere, & quod, nî præcise, ubi facultas adesset, facere teneretur, inrisio Stipulationis, non minus quam consensualis esset contractus. Ut rem faceret emptoris propriam venditor

tor, non visum fuit stipulari, quia sciebant, hoc ab eo, qui jus tertii ocupare non poterat, frustra postulari: Sed in eum casum, si res aliena foret, adjiciebant duplæ stipulationem, evictionis causâ. Hinc ultro fluxit hæc opinio & usus hominum, venditorem teneri ad tradendum, aut evictionem præstandam: Non ad dominium transferendum. Etsi dominium è Traditione, si tradens ipse dominus fuisset, ultro sequeretur. At vero Stipulationem Dandi nulla stipulatio sequebatur, cum ipsam aliis contractibus subjici moris esset. Ideoque in illâ nihil erat de vacua possessione, nihil de Evictione; solum & rigidum illud dandi promissum in ea continebatur. Proinde, nec aliud in obligatione, quam ut daret, quod promiserat, esse poterat. Et cum obligatio sit vinculum juris, quo necessitate quis astringitur *pr. I. de Oblig.* nihil è stipulatione resultabat, quam præcisa necessitas dandi; & cum Dare sit dominium transferre §. 14. *Inst. de Action. l.* 7. §. *ult. d. V.O.* supererat unicè, ut promissor dandi, ad dominium transferendum cogeretur. Quid si tamen sit res aliena? Durat instantia, quod aliud quam in Emptione venditione fieri non possit. Dicamus tamen, esse, quod adhuc aliquod retineat discrimen: Promissor dandi videtur cogi ad rem promissam redimendam, & sic eam Stipulatoris faciendam; Ad quod venditor non tenetur, quia rem non cogitur Emptoris facere, sed vacuam tradere, & evictionem præstare. Promissor, quia cogitur rem facere stipulatoris simpliciter, quovis modo ad hoc implendum tenetur, & cogi potest. Ut tamen si dominus re sua carere nolit, eaque redimi non possit, exitus obligationis, in id quod interest desinat, cum aliter nullo modo fieri possit. Et hæc quidem positio differentiam inter Emptionem venditionem & Stipulationem quod satis sit, exhibere videtur. Quare autem Permutatio & Pignus rei alienæ, minus quam Emptio Venditio valere dicatur, *infrà* suis locis videbimus.

Pomponius Lib. XVII. ad Sabin.

Si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit, vel cui tempus ad deliberandum de hereditate ita datum sit, ut ei deminuendi potestas non sit, dominus non ero: dissimiliter atque si à debitore, sciens creditorem fraudari, emero. l. 26. d. Contrah. empt.

1. Quid hoc, SI SCIENS? An igitur, si ignorans emam ab eo, cui bonis interdictum est, vel qui deliberandi tempus, interdictâ alienatione accepit, dominus fiam? Quomodo, qui alienandi jus non habet, dominium in alium transferre potest? Sive realis, sive personalis sit causa prohibitionis, alienandi actum ipso jure nullum esse, totus loquitur titulus *Inst. Quibus alien. lic. vel non*; nec usquam inter scientes & ignorantes hac parte distinguitur, cum ea res non à bona vel malâ fide emptoris, sed à jure venditoris pendeat, quod ubi nullum est, nihil producere potest. Ergo *frustra ineptеque Pomponius in hac lege adjecit dictionem SCIENS: Quorsum enim, nisi ad differentiam ignorantis? Delenda igitur illa dictio est, & inepto potius interpreti tribuenda.* sunt verba Fabri *in Rational.*

tional. hic. cujus hæc est animadversio in hunc Textum. Nec fas sit negare; quod prodigus alienare non possit, qui ne obligationem quidem naturalem contrahit *l. 6. d. Verb. Obl.* Nec tamen adduci possum, ut Particulam SCIENS, ab alienâ manu esse putem, maxime, quia in fine textus particulam SCIENS ipse Faber relinquit. Et Pomponius utrumque casum ita opponit interfese, ut τὸ SCIENS utrobique partem relationis faciat. Quid ergo, An argumentum à contrario sensu, negabimus esse perpetuum, ejusque rei hic esse exemplum, ut aliud habuimus ad *l. 4. h. t. ex l. 6. eod?* Non sequi hoc; Qui sciens emit à prodigo non fit dominus: ergo qui ignorans emit, dominio potitur; ut in *d. l. 6, si scias est alienatio*, Inde non sequitur; Non *est alienatio, si nesciat.* Etsi forte non est peremptoria vis in universum istius regulæ à contrario sensu, non audeo tamen negare Fabro, si ignorans emptor à prodigo, non fiat dominus, inepte & frigide videri dictum. *Si sciens emerit, eum non fieri dominum.* Magis igitur est, ut dominii causam παχύτερον hic & generalius accepisse videatur Pomponius, complectens & usucapionem, quasi diceret; dominus non ero, nequidem per usucapionem de quâ forte prius egerat, ut hic tantum est fragmentum, aliásque etiam de Usucapione tractavit in *lib. 17. ad Sabinum*, unde est hic locus: Quod constet ex *l. 28. d. Usurpat. & Usuc.* Atqui sic bene constat oppositio inter emptorem scientem & ignorantem. Paulus; *Si ab eo emas, quem Prætor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes l. 12. d. Usurp. & Usucap.* convenienter ei, quod Julianus scribit *in l. 7. §. 5. Pro Empt. Qui sciens emit ab eo, quem Prætor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capit* Indicans sine dubio, Ignorantem usucapere posse. Hoc igitur velit Pomponius in *h. l. 26.* Qui sciens emit à prodigo aut herede deliberante, eum nullo modo fieri posse dominum, nec quidem per usucapionem, quâ ignorans dominio potiri possit. Sed an ita constat oppositio casus secundi: Ut is, qui sciens emit à debitore fraudante creditores, usucapere possit? Videtur, quia Prætor non prohibuit alienationem in fraudem creditorum factam, nec eam ipso jure nullam fecit, ut de libertate cautum fuit in Lege Æliâ Sentiâ *pr. & §. 4. I. Quib. ex caus. manum. non lic.* Verum in factum actionem dedit, ad revocandam alienationem in fraudem creditorum factam *l. 1. & l. 10. in pr. d. His quæ in fraud. cred.* Quandiu non est revocata, valet Emptio venditio, & scientia fraudis, respectu Tertii & extra contractum positi, non potest impedire usucapionem ei, qui rem emit à vero domino, alienari non prohibitam. Non quælibet scientia rei alienæ in requisita usucapionis impingit, eique impedimento est. Si hac viâ necessitatem emendandi vel ineptiæ Pomponium arguendi evitare possimus, bonum factum!

Ulpianus Lib. XLI. ad Sabinum.

Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est. Nam emptio est & venditio: sed res emptori auferri potest. l. 28. d. Contrab. emp.

1. D. Anton. Matthæus hunc locum non immerito referre videtur *inter rationes*

tiones otiosas & inertes disp. fund. x. *th.* 7. Quid enim frigidius, quam hujus positionis, *Rem alienam sine dubio vendi posse*, rationem reddere, *quia talium rerum est emptio venditio*? genuinum tautologiæ exemplum. Parvi res momenti, nec tamen justum censuræ argumentum. Non debuit D. Matthæus, quod facit, hæc sola verba, *nam emptio venditio est*, ad exemplum tautologiæ referre; debuit addere quod sequitur, *sed res emptori auferri potest*. Rem alienam vendi posse, non dubitatur, est thesis. Explicatio potius quam ratio, est hæc; Ipse contractus inter emptorem & venditorem consistit; verum absque præjudicio domini, qui rem emptori auferre potest: Ne quis putaret, alienam rem vendi posse, cum effectu venditioni proposito, ut dominium transferatur. *τὸ nam* est exegeticum magis quam *αἰτιολογικόν*. Vel si causativum esse debet, ad ultima verba se refert præcedentia; *nulla dubitatio est*. Nam quoniam emptio Venditio rei alienæ sit, ad obligandam personam; nihil vetat, modo res domino salva maneat, ut fieri docere vult Ulpianus. Sic nihil frigidi vel tautologici est in hoc textu. De re ipsâ modo satis est dictum. Nisi quem moveat quod in *in l.* 1. *C. de Commun. rer. alien.* scribit Antoninnus Imp. Alienæ rei *satis illicitam* esse *Venditionem*, nec illam jure fieri posse *l.* 3. *C. de R. Vind.* quasi contra hanc *l.* 28. Sed non est contra. Quod enim in *d. l.* 1. *& l.* 3. habetur, est verum respectu ejus, qui sciens alienam rem vendit. Quod enim Rei alienæ dicitur esse Emptio Venditio, nihil aliud infert, quam quod venditor ad tradendum & evictionem præstandem tenetur, non ad excusandam ejus improbitatem, qui rem in quam nihil juris habebat, ausus est alienare. Nec is emptorem ad accipiendam rem pretiumque si nolit solvendum cogere potest, ut rectè Tulden. *ad Tit. C. de Action. Empt. ad de Wissembach. ad tit. π. de Permut. n.* 7.

Pomponius Lib. XXXIII. ad Sabin.

Cum in lege venditionis ita sit scriptum, Flumina, stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint, *nec additur, quæ flumina, vel stillicidia, primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet: ambigua enim oratio est. L.* 33. *d. Contrah. empt.*

1. Etiam hic locus *Autumni* aliorumque censuram experitur. Etsi rationes, quas ille quidem objicit, insuperabiles non sint. Opponit Pomponio Celsum. *Melior* quàm Pomponio, *resedit sententia Celso*, inquit, *qui in l.* 59. *eod. tit. Cum venderes fundum, non dixisti*, Ita ut optimus maximusque: *verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum præstari oportere. Idem & in urbanis prædiis dicendum est.* Vult igitur Celsus, si venditor nihil de servitutibus specialiter expresserit, eum nihil præstare teneri; & sic pro ipso faciendam interpretationem, secus ac Pomponius hic, idque rationi magis consentit. Sic Autumnus putat. Verùm à disparatis male infertur: Nulla servitutum mentione factâ, cum hæ tacitè accedant *l.* 75. *d. Eviction.* venditus intelligitur fundus cum juribus & servitutibus, quæ antiquitus ei acquisitæ, impositæ fuerint.

fuerint, idque Celsus docet in *d. l.* 59. In specie autem hujus L. non est nihil dictum, sed verba ambiguè sunt posita, quorum sensus si non constet ex actis, contra venditorem fit interpretatio, juxta *l.* 21. *h. t. l.* 39. *d. Pact. l.* 172. *d. R. J.* ubi ratio, quod obscuritas ei nocere debeat, qui legem clarius dicere potuit, & cui res satis cognita fuit, ut clarius loqui in promptu habuerit. Is autem est Venditor, cujus esse solet, antequam perficiatur consensus, præscribere conditiones. Sed quænam ambiguitas, instet Autumnus, in his verbis major est, quam si nihil sit dictum, quo sibi non præjudicat venditor? Prima ambiguitas, quod expressum non est, activa, an passiva sint jura servitutum fluminis & stillicidii. Proinde, si emptor adductus sit in opinionem, esse jura domui venditæ in vicinum prædium competentia, cum deinde contra sit compertum, in errorem à venditore inductus videtur. Alia ambiguitas; Sit flumen & Stillicidium à domo emptâ in solum vicini paucis annis exercitum: Hoc vicinus, interruptâ præscriptione, turbat & impedit, ut potest ante decennium *l.* 10. *Si servit. vind.* tenetur venditor ex verbis; *Flumina, Stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint*; quæ tam servitutibus plenè acquisitis, quam usu duntaxat exercitis conveniunt.

2. Aliud Autumni argumentum, ex *l.* 67. *h. t. Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quæ esset futura, si apud nos ea res mansisset. Idque toto jure civili ita se habet, præterquam si aliquid nominatim sit constitutum.* Quando igitur nihil est expressum, qualia sint stillicidia, flumina, in eo statu accipienda sunt, quo à Venditore possessa fuerunt. Respondetur, ita esse, ubi nihil dictum fuerit. Emptor enim inquirere debuit in hoc, quod ordinariæ accessionis est: Sed ubi conditio expressis verbis addita est, ambiguis tamen, non licet recedere à communi regulâ; in dubio venditori præjudicatum videri. Tertio Autumnus, *Miror*, ait, *Pomponium existimasse, valere venditionem, si non appareat, quod actum sit, cum Paulus scribat in l. 8. D. de Peric. & comm. rei venditæ, non esse perfectam venditionem, si id quod venierit, non appareat, quid, quale, quantumque sit.* Non debuit ultimum esse pessimum argumentum, ut est hoc sane. Paulus de casu, quo de ipsa re venditâ non constat, loquitur. Hic de re ipsâ nullum est dubium, nec adeo de valore contractus ipsius, sed de qualitate rei venditæ & quidem accidentali.

3. Magis obstare putat Faber, hac in re Scævolæ dictum *in l.* 69. §. *pen. d. Evict. Si is, qui fundum tradit, & cum sciat, certum fundum deberi, perfusoriè dixerit*, Itinera, Actus quibus sunt, utique sunt, rectè recipitur, *evictionis quidem nomine se liberat, sed quia decepit emptorem, empti judicio tenetur.* Obiter quid est ibi, *perfusoriè*? Gotofredus, *hic*, *Id est*, inquit, *cum aliquâ commendatione, animo commendandi nimio: at non vel negligenter, vel deceptoriè, ut putat Albericus.* Brissonius, *vago & ambiguo sermone.* Unde *perfusoriè aut ambigue dicere in l.* 5. §. 1. *Quod vi aut clam*, ut solent, qui *perfundunt*, præ his, qui imbuunt & eluunt. Cæterum, quod obstet hic locus adsertioni *Legis* 33. non video. Est oratio ambigua, cujus interpretatio fit contra Venditorem, ut empti actione teneatur, sicut in *hac l.* 33. Sed in duplum evictionis causa non tenetur, quia de servitutibus evictionis causâ non datur actio, nisi fundus, ut optimus

timus maximus vendatur *l.* 48. *l.* 75. *d. Evict.* Hæc res facit, ut parum bene percipiam, quod:

4. Faber adhuc; *Illud sane duriusculum est:* inquit, *gravius obligari eum, qui excepit servitutes*, uti nunc sunt, ita sint, *quam eum qui vendidit fundum* uti optimus maximusque est, Additque plura non satis à me intellecta. Quâ enim in re gravius obligetur, qui servitutes excepit, *uti nunc sunt, ita sint*, quam is qui vendit fundum, ut optimus, maximus est, non video. Nisi gravius esse putemus, empti actione, quam de evictione teneri; quod secus est, cum prior sit in id quod interest simpliciter, actio; sed evictionis causâ in duplum agatur *l.* 25. *C. de Evictiοn.* Hoc sane è natura expressionum sequitur; Eumqui excepit servitutes, *uti nunc sunt, ita sint*, etiam teneri, de servitutibus, quarum possessio præsens est apud fundum venditum, & quæ nondum penitus acquisitæ, prohibentur, ex iis quæ superius exposita sunt. Qui vero fundum, *ut optimus maximus est*, vendit, nihil aliud promittit, quam liberum esse fundum à servitutibus passivis. Quâ in re nulla durities, cum proprietati verborum hæc interpretatio perspicuè conveniat. Formulam, ut *optimus & maximus est fundus*, non habemus, opinor, in lingua nostrâ. Scriptum oporteret ad illos effectus emptori obtinendos, in conditionibus **Vry van Servituten**: quo casu Servitute repertâ & vindicatâ, daretur actio, quæ Jure Civili. Si vero dictum esset, **met Servituten en Gerechtigheden soo nu gebruikt worden**; teneretur venditor, ut suprà diximus, in formulâ; *Servitutes uti nunc sunt, ita sint.* Quod si nihil fuerit dictum, vel ita simpliciter, **met Servituten en Gerechtigheden daer toe van ouds behoorende**; nihil præstandum haberet venditor, ex sententia Juris Romani, quod hac parte nec ab æquitate, nec ab usu, opinor, remotum est.

Paulus Lib. XXXIII. ad Edict.

Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligitur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit: nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit, nec refert, quanti sit accessio: sive plus in ea sit, quàm in ipsa re, cui accedat, an minus: plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus: sicut cum domus propter marmora, & statuas, & tabulas pictas emitur. L. 34. in pr. d. Contrab. empt.

1. Hanc Legem Autumnus, post Cujacium aliosque vocat ad Censuram, primo ob eandem, quæ fuit ad *L. præcedentem*, rationem, à Fabro hic etiam objectam, *Fundi venditionem* cum Sticho adjecto, *valere constat*, ait hic Paulus, etsi non intelligatur, *quis ex pluribus* Stichis accesserit, quod utcunque melius hic, quam *suprà* animadvertatur, nihilo tamen obstat magis, quia non de re principali venditâ, sed de accessoriâ non constare dicitur. Plus in eo difficultatis est, quod in ambiguâ oratione, Venditoris in gratiam fit interpretatio, contra *l.* 21. *h. l. proximè præcedentem*, quæ dubiorum interpretationem contra vendi-

venditorem fieri jubet. Contius & Charondas in Manuscriptis legi narrant, eum Stichum NON deberi, quem Venditor intellexerit. Cujacius, Pro *Venditor* substituit, *Emptor*, ut *alibi sæpius*, inquit, *hæc nomina, quæ adfinia inter se atque cognata sunt, commutantur.* Idem firmat ex sequentibus ad emptorem se perspicuè referentibus, ubi, *plerasque res propter accessiones emimus &c.* Ut hanc quidem non conjecturam, sed evidentem velit esse demonstrationem 1. *Obs.* x. Qui Florentinam retinent Lectionem, dupliciter hunc locum accipiunt. Primo, non agi hic de interpretatione dubiæ conventionis, sed de electione rei in genere debitæ, quæ debitori semper adtribuenda sit, ideoque & venditori. Sed hanc explicationem ipse quidem textus refellit, in verbis: *Cum de alio emptor, de alio venditor senserit &c.* Est dissensio manifesta contrahentium. Glossa, quam Charondas, Faber aliique sequuntur, conditionem de Sticho fundi venditi accessorio; ab *Emptore* propositam intelligunt, contra quem proinde faciendam esse in dubio interpretationem, juxta rationem *L.* 39. *d. Pactis*, eo quod ipse Legem dicere potuerit clarius. Hanc interpretationem Faber his rationibus confirmat. I. quod initio Legis Paulus ita loquitur, *Si in emptione fundi dictum sit:* Alioqui dixisset; *Si in venditione.* II. Quia mox emptor priore loco ponitur; *Cum de alio emptor, de alio venditor senserit.* III. Quia mox sequitur, *plerasque res propter accessiones emimus.* Quibus tamen rationibus, ut sunt dilutæ satis, ita non fidit, quin postremò subjiciat; *malle se pro Cujacii sententiâ & emendatione sentire, si mihi liceat*, inquit, *& libere sentire, & quæ sentio, libere scribere.* Quænam verò tam subita Fabrum incessit religio, ut tam sit timidus in approbanda emendatione, quibus ipse passim multo spargit audaciores, & stragem Textui sacro longe majorem inferentes! Me vero Accursiana interpretatione contentum esse jubet ipsa negotii natura, quod adjectio Stichi facta sit ab Emptore, contra quem proinde facienda sit interpretatio in dubio. Nam conditio accessoria Stichi manifesto ad emptoris favorem pertinet, quem multo verisimilius est, Stichi causâ motum esse ad emptionem eumque postulasse, quam ut venditorem fundi, tam inexpectatam hominis ad fundum accessionem proposuisse credamus. Idque non obscurè subjecta vult ratio; quâ plerumque homines ad emendum, cupiditate rerum accessoriarum adduci, monet Paulus. Hæc quominus interpreti Juris sufficere possit interpretatio, nihil apparet contra: Nisi cui magis placeat ultima Bernardi nostri censura Autumni. *Sed quicquid*, inquit, *digladientur Interpetes, quæstionem hanc ambiguam & obscuram, inutilem esse existimo:* Et Legem Si in Emptione *abrogandam esse, mediaque æstimationis servum deberi.* Quæ verba sic placuere Groenewegio, ut illa verbotenus in suum ad *h. l.* 34. *Commentarium* retulerit. Quam censuram cur sequi nos oporteat, nihil quam auctoritatis suæ judicium proferunt; cui hactenus Antiqui Juris Conditores ego quidem prætulerim. Valet autem ratio, quam illi sequuntur, in debito *generis*, ubi nulla ambiguitas: quâ de re diximus *ad l.* 52. *Mandati.* In ambiguis & obscuris conventionibus, quamobrem à communi regulâ, dandam esse interpretationem adversus eum, qui legem dixit, & cum spissius ac clarius posset, perfusorie dixit, ratio non apparet.

Gajus Lib. x. ad Edict. Provinc.

Si quis in vendendo prædio confinem celaverit, quem emptor si audisset, empturus non esset: teneri venditorem. L. 35. §. ult. d. Contrah. empt.

1. Autumnus: *Usus forensis convertit intelligentiam hujus versiculi in Lituram, non in literam:* Et in fine. Venditor *ut præstare teneatur ea, quæ extra rem sunt, ut bonum vicinum, & alia id genus, hoc perquam absurdum est.* Consentit Groenewegius *ad h. l.* qui consentientes citat Mobachium, Zypæum aliosque recentiores. Rationem differentiæ inter antiquos hac parte mores, & hodiernam desuetudinem, Groenewegius hanc adfert; quod adsidua fuerit apud veteres hæc stipulatio venditionibus adjici solita, quâ venditor emptori bonos vicinos promittebat, ex Fabro *in Rational. hic*, qui sic autor est, in qualibet venditione solitam fuisse apponi hanc conditionem; quod ego quidem ex alio constare velim auctore quam Fabro, qui solus alios non citans, in ea re testis idoneus non est: In Jure nostro illam stipulationem non reperi, quod meminerim, quod mirum, si adsidua fuerit. Etsi Viciniam magni habitam fuisse cum ex hoc loco tum aliunde videmus; De Stipulationis illius usu, ubi probatus fuerit, videndum. Apud Græcos non fuisse usitatam hanc Stipulandi formulam, probat exemplum Themistoclis, de quo Plutarchus *in vita*, ut insolitum refert, eum in prædio vendendo præconem adjicere jussisse, bonum ejus esse vicinum.

2. Quod ad Censuram attinet; non ait Gajus, quod Autumnus imputat. Venditorem prædii ad bonum vicinum præstandum obligari; sed ex suppressione nominis vicini, cujus notitia emptorem ab emendo cohibuisset, eum teneri statuit. Quod æstimatione civili & populari, quales in Arte Juris sequimur non esse adspernandum, dicta non magis veterum, quam mores quoque hodierni declarant. Nemo hodieque dissentiat à Plautino in *Mercatore*, dicto:

> *Nunc ego verum illud verbum esse experior vetus;*
> *Aliquid mali esse propter vicinum malum.*

Hesiodus, *in Operib.*

> Πῆμα κακὸς γείτων, ὅσσον τ' ἀγαθὸς μέγ' ὄνειαρ.
> Ἔμμορέ τοι τιμῆς ὅς τ' ἔμμορε γείτονος ἐσθλοῦ.
> *Non minor est noxa malus, quam bonum, vicinus bonus;*
> *Optima sors ejus, qui bonum sortitur vicinum.*

Martialis 7. *Epigram.* 7.

> *Quid Nomentani causam mihi perdis agelli,*
> *Propter vicinum, qui pretiosus erat?*

Nec hodiernos abludere mores usus rerum docet. Scio, fundum esse venditum sextâ parte minore pretio, quam valebat, ob vicinum rixosum: qui lites intricabat, de arbusculis in confinio, de arundinibus in fossâ contermina cædendis, de particulâ semitæ reficiendâ, aliisque minimi rebus momenti, sine fine modoque. Talem si venditor astute celaverit, cum vicini soleant exprimi, cur hodieque

dieque de tali dolo non possit actio dari, causam non video; præsertim, quia nostris moribus enixè receptum est, ut vicini omnes in venditionum instrumentis accurate recenseantur. Ex oblivione quenquam teneri non dicit Gajus, ex malitia cur, inquam, teneri non debeat, ratio non magis hodie, quam fuerit olim, inepta videtur. Et quod Autumnus objicit ex Catone; Bonum Patremfamilias utilitatem capere è malo vicino, ad philosophiam magis & ad locum de Utilitate ex adversis capienda, quâ de re scripsit Cardanus librum non spernendum, quam ad Jurisprudentiam pertinet. Nec id quidem rectè movetur; emptorem sibi quod imputet habere, qui non inquisiverit. Tenetur enim venditor ex astutâ reticentiâ, nec tam est obvium, in late patente regione scire vicinos, venditori. Præsertim si plerisque enumeratis, unius nomen studio circumductum sit. Denique, nec Groenewegii ratio magis hodie, quam olim, æquitatem hujus loci evertit; quod paratum sit juris publici remedium contra vicinorum injurias, ut vel in exemplo superius commemorato patet; In quo etsi non deerat publici juris copia, quæ nec veteribus defuit, non desinebat tamen importuna esse & metuenda vexatio. Teneamus igitur jus *h. loci*.

Paulus Lib. IV. Epitomar. Alfeni Digestor.

Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat; ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur, & de modo renuntiaret, &, si ante eam diem non renuntiasset, ut venditoris fides soluta esset. Emptor intra diem mensuræ, quo minorem modum esse credidit, renuntiavit: & pecuniam pro eo accepit: postea eum fundum vendidit: &, cùm ipse emptori suo admetiretur, multo minorem modum agri, quàm putaverat, invenit. Quærebat, an id, quod minoris esset, consequi à suo venditore posset. Respondit, interesse, quemadmodum lex diceretur. Nam si ita dictum esset, ut emptor diebus triginta proximis fundum metiatur, & domino renuntiet, quanto modus agri minor sit: quo post diem trigesimum renuntiasset, nihil ei profuturum. Sed si ita pactum esset, ut emptor in diebus proximis fundum metiatur, & de modo agri renuntiet, & si in diebus triginta renuntiasset, minorem modum agri esse, quamvis multis post annis, posse eum, quo minoris modus agri fuisset, repetere. L.43. pr. d. Contrah. empt.

1. Censura duplex hujus loci occurrit. Una peculiaris Autumni, Altera communis. Prior hoc arguit, quod Paulus renuntiationem post tempus conventione expressum factam penitus inutilem declarat; cum Autumnus renuntiationem, etsi tempus præfinitum sit, postea cum effectu fieri posse contendat, sub præstatione ejus, quod interest alterius, non esse factam renuntiationem tempore condicto, quod probat ex *l. 11. d. Re Judic. Si kalendis fieri aliquid stipulatus sum: nempe quandocunque post kalendas accepto judicio, tanti tamen æstimanda lis est, quanti interfuit mea, kalendis id fieri. Ex eo enim tempore quidquid* (quidque) *æstimatur, quod novissimè solvi poterit.* (potuit) Hoc exemplo renuntiationem minoris mensuræ debuisse quidem fieri ante trigesimum diem, attamen

attamen postea factam non esse prorsus inutilem, sed moram eo quod interest luendam. Idque Senatui Parisiensi placuisse refert *anno* 1607. *ante ferias Natalitiis Domini*, in causâ transactionis, quâ placuerat, ut, ni fidejussores intra duos menses darentur, de Transactione resilire liceret. Fidejussoribus decimâ die post bimestre spatium oblatis, Senatum censuisse, illos accipiendos esse, secundum sententiam Scævolæ, addit Autumnus in *l. si ita quis* 135. §. *Seja* 2. *D. de Verb. Obl.* ubi sic est. *Seja cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset: cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eam proprietatem hortorum translaturam. Deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra Kalendas Apriles primas universam summam mandator numeraret, & hortos acciperet. Quæritur, cum ante Kalendas Apriles non omne pretium cum usuris à Lucio Titio Sejæ solutum sit, interposito tamen modico tempore, reliquum pretium cum usuris Sejæ Titius solvere paratus fuerit, neque Seja accipere voluit; & usque in hodiernum per Titium non stet, quo minus reliquum solveret: an nihilominus, si Lucius Titius Sejæ universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit. Respondit, posse, si non multo post obtulisset: Nec mulieris quicquam propter eam moram interesset. Quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.* Etenim, *pergit Autumnus*, jure receptum est, nihil ex obligatione paucorum dierum, moram minuere *l. si in* 24. §. *Colonus* 4. *vers. Quod si D. Locati.* Cui accedit, ait Censor, quod iniquissimum est, Emptorem carere simul re & pretio, quod in hoc casu fieret. Ideo, licet post diem xxx. renuntiasset, quanto modus agri minor sit, venditoris fides soluta non est, nisi quatenus sua per moram temporis interesse probaverit. Ita concludit *Autumnus:* Addens de moribus Galliæ, pœnas conventionales esse Judicum arbitrarias, ut etiam scribat Imbertus in *Enchirid. Jur. Gall. & Rom.* verbo, *Peine conventionelle.*

2. Hæc æquitatis & ipsius Romani Juris auctoritate pondus habent; nisi quod aliunde constet, præscriptum conventionalis termini in contractibus exactè observandum, adeò ut cessatio post terminum peremptoriè præjudicet. *l. Æmilius* 38. *in pr. d. Minor. l.* 5. *in pr. Si mensor fals. mod.* Ita, ut nec Rescripto Principis conventio remitti possit *l.* 7. *C. de Pact. inter empt. & Vend. init.* Et hoc æquitas, imo sanctitas fidei datæ, non minus quam publicæ disciplinæ vigor exigere videtur. Hæ rationes & Textus Eunomicæ difficultati addunt antinomicam. Sed est spes utramque tollendi, quo hæc jura tàm inter se, quam cum Ratione juris concilientur. Distinguendum enim est inter tempus ipsi Contractui perficiendo impositum, & inter Legem Commissoriam atque pœnalem Contractui jam constituto adjectam. Sic, qui intra certum tempus daturum se, vel facturum aliquid promisit, elapso tempore, moram usque ad litem contestatam purgare potest *l.* 84. *d. V. O. Si insulam fieri stipulatus sim, & transierit tempus, quo potuerit facere: quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari, placet. Quod si jam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si ædifices.* Aut alioqui in id quod interest, ut omnes qui contractus non implent, tenentur *d. l.* 11. §. 2. 5. *d. l.* 135. §. 2. *d. V. O. d. l.* 24. §. 4. Sed qui non servat tempus, pœnæ vel committendi causâ adjectum, lapsu temporis præcisè tenetur *d. l.* 38. *d. l.* 5. & 7. Adeo, ut ne quidem post terminum solvendo partem, pœnâ pro parte

parte liberetur *l.* 85. §. 6. *d. V. O.* In Transactione tamen propter summum finiendarum litium favorem, usu Fori, non sine ratione, videtur esse receptum, ut terminus etiam commissorius, post lapsum temporis, purgatione moræ, vel ejus quod interest præstatione redintegrari possit, quo pertinet rei judicatæ in Curiâ Parisiensi exemplum Autumno laudatum, idque jam à nobis observatum est *in Prælect. ad Tit. D. de Transaction. sub fin.*

3. Sequitur altera Censuræ facies, quâ Pauli distinctio sensu idoneo, & usu carere dicitur. Fundus est venditus, certâ mensurâ expressâ, sub lege frequentissimi usus, *ut intra dies triginta proximos emptor metiretur, & de modo renuntiaret; si vero ante diem dictam non renuntiasset venditor, ea causâ non teneretur.* Intra diem trigesimum emptor renuntiavit, & male: secundùm quam renuntiationem, pretii partem recepit. Detectus est error in secunda venditione, quâ longe minor agri modus est repertus, quam venditori primo renuntiatum fuerat. A quo proinde repetit emptor, quod ipse emptori secundo, supra quam venditor ei præstiterat, remittere coactus fuerat. Venditor primus ait; Ego tibi ultra diem trigesimum hac causâ obligatus non fui, & quod tum renuntiasti, jam præstitum est: quo termino elapso, non habes amplius quod agas. Quæritur, quid juris; Paulus distinguit. Aut convenit, ut emptor in diebus 30. proximis fundum metiretur, & domino intra id tempus renuntiaret, *quanto modus agri minor esset.* Aut dictum est, ut emptor in diebus proximis fundum metiatur, & de agri modo renuntiaret. Collocavimus aliquid hac de re in *Prælect. ad h. tit. n.* 2. sed minus decretoriè & differenter. Sumpsimus oppositionem inter dies xxx. proximos & *dies proximos*, sine termino, ut sane habent verba Textus & omnium editionum: neque tum ratio diversitatis obscura esse poterat. Sed alii omnes illud xxx. ἀπὸ κοινοῦ repetunt in ultimo distinctionis membro, idque res ideo ferre videtur, quia casus primus, cui Paulus suam distinctionem applicat, dies xxx. continet, quæ proinde se ad utrumque distinctionis membrum referre debeat. Quid igitur inter has formulas, ut à Paulo distinguuntur, interest? In priore casu non tantum mensura, sed etiam renuntiatio fieri debet, *quanto modus agri minor sit*; in posteriore, placuit, ut renuntiatio fieret simpliciter *de modo agri.* Ut differentia in hoc consistat; *quod sit* minor, & *quanto* sit minor, quæ est Accursii expressio, eamque amplectitur Ant. Faber, rejectâ Johannis antiqui glossatoris sententiâ, qui dicebat, in priore casu distinctionis Paulinæ convenisse, ut metiretur, & renuntiaret intra dies xxx. proximos; in altero ut metiretur intra dies xxx. non ut intra idem tempus renuntiaret. Hanc interpretationem rejicit & contemnit Anton. Faber, ut commentitiam & verbis Pauli contrariam. Præfert urgetque priorem, quæ nec ipsa tamen difficultate caret. Etenim cui bono fit renuntiatio, nisi ut constet, quanto sit agri modus minor, quam venditus est? quomodo pretium pro modo mensuræ minoris præstari potuit, & quomodo reliquum adhuc repeti potest, quod factum dicitur in specie quæstionis, cui distinctio applicatur, nisi quanto sit minor modus, expressum fuerit? Quod autem in ipsâ quæstione definitum fuit, hoc in resolutione quæsiti non ut dubium poni, neque in altero distinctionis mem-

membro poni, ab altero removeri debet. Idem obstat alteri *Johannis* explicationi: Nam in quæstione proposita, casus facti id ipsum continet, *ut, si ante eam diem non renuntiasset: emptoris fides soluta esset.* Quomodo igitur Paulus dubium solvere potuit; distinguendo, utrum renuntiatio cis dies 30. fieri deberet, an quandocunque? Magis igitur est, ut post verba posteriora, *& de modo agri renuntiet,* ἀπὸ κοινοῦ repetamus hæc; *in diebus xxx. proximis. arg. §. At nec plurimi 15. l. Ad L. Aquil.* Si tamen in propositione quæstionis, renuntiatio intra diem xxx. non fuisset occupata, præferrem *Johannis* sententiam. Est enim civile & usus obvii; menturam curare fieri intra diem xxx. nec tamen incontinenti renuntiationem fieri. Si post diem xxx. ostenderetur dimensio antea testato facta, poterat hoc sufficere, ni diserte aliter convenisset.

4. Quid igitur postremo respondendum? Dicamus ita simpliciter. Denuntiavit emptor sanè, quanto sit minor agri modus, sed erravit. Quæritur; An nunc errorem in modo renuntiandi commissum emendare possit? Non potest, si disertè convenerit, ut intra diem xxx. renuntiaret, *quanto minus esset in agro.* Quod si hoc specialiter adjectum non sit, *quanto minus esset*, verba conventionis non prohibent, verum agri modum postea melius detectum, elapsis xxx. diebus quovis tempore renuntiari. Si modo intra 30. dies renuntiatum fuerit, male, an bene renuntiatum sit, tum non attenditur, quia non fuit hoc expressum in Pacto secundo; ut quantitatem minoris mensuræ exprimeret. Cum enim vis æquitatis sit pro emptore, quo pretium minoris mensuræ recuperet, ne terra pœnaque simul careat, quicquid verba ferre queunt, etsi negligentiæ suæ quod imputet, habere videatur, ad corrigendam inæqualitatem, ei indulgendum est. Atque ita Paulus, dum brevis est, obscurior factus, sibi tamen constare videtur.

Paulus Lib. singulari de Delatoribus.

Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se, vel per aliam personam. Alioquin non tantum rem amittit, sed & in quadruplum convenitur, secundum constitutionem Severi & Antonini. Et hoc ad Procuratorem quoque Cæsaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc consensum est. l 46. d. Contrah. empt.

1. Immodica & superstitiosa veterum cura, hujus loci argumento reprehenditur. A cujus observatione contrariâ, quæ nunc ubique viget, nihil incommodi in Rempubl. vel privatos redundare, fidelis rerum magistra docet experientia. Quid est importunius, quam excludere eos, qui officia gerunt, à promiscuo usu commerciorum, modo non exerceant Mercaturam ex professo, quod ad monopolia impedienda merito prohibitum fuit? Poterat dici, hanc prohibitionem non esse generalem, sed verbis *ex officio* prohiberi aliquem emere id, cujus cura & administratio ipsi permissa fuerit; veluti ne judex emat à litigantibus, per se vel per interpositam personam; ne Tutor emat res pupilli, Curator

rator res minoris, aut etiam procurator res, quarum administratio ipsi demandata est *l.* 34. §. *ult. h. t.* Quod verba *ex officio*, id est, ratione officii inferre videntur. Nec enim cur fides habenda sit Antonio Fabro, censenti hoc textu illos abuti, qui constitutionem hujus loci ad Tutores, Curatores & Procuratores extendunt, nihil ab ipso profertur, nec ita visum Accursio & Viviano ad *h. l.* Hoc autem sensu quem nos probamus non est difficile, Censuram amoliri; cum manifesta sit ratio, cur *ex officio* nihil emendum sit, ne vel obnoxii venditores ad iniquas adigantur Venditiones, vel administratores alienarum rerum, emptionibus suo commodo dirigendis insidientur. Excipit *Anton. Faber*, venditiones publicas & bonâ fide factas ad *d. l.* 34. §. *ult.* non excipiunt illas Antonius Matthæus 1. *de Auction.* x. *n.* 3. Brunnemannus ad *h. l. in fin.* Wissembach. *ad h. t. th.* 7. qui censent, judices & actuarios, scribas aliosque præpositos auctionibus, hodieque ab emendo in illis, arcendos esse, ne res viliori pretio sibi curent addici; Quod cur ad Tutores, Curatores, procuratores *arg. h. l.* extendi non debeat, cum hi non minorem sibi consulendi occasionem haberent, ratio non apparet. Etsi verum est, opinor, apud nos & alibi, hanc prohibitionem, tam respectu judicum, quam Curatorum & ministrorum esse incognitam: A ratione tamen aliena non potest dici: quatenus à præpositis & procuratoribus ejusmodi, exquisitas fraudes in addictionibus immobilium maxime rerum, per auctionem venditarum, commissas fuisse recordor & committi posse manifestum est. Nihil igitur Censuræ meretur hactenus hæc Constitutio.

2. Sed nemo Interpretum, quos ego viderim, dubitat, quin hâc lege non modo, quod aliquis *ex officio*, id est, officii ratione, quà talis, emit: Sed etiam quicquid Præsides Provinciarum aut Rectores urbium emerint, ipso jure nullum, & pœnis subjectum intelligatur, idque sub pœnâ quadrupli. Quod multo durius & ἀπάνθρωπον videtur, quam alii traducunt constitutionem *l.* 33. *d. Reb. Cred.* Ubi Præsidibus provinciarum interdicitur negotiatio fœnoris exercendi, ut vidimus ad *d. l.* 33. Ad hanc partem Censuræ primo serviet, non videri ad illam Constitutionem, quâ Rectoribus Provinciarum universum emendi commercium interdicitur, referendam *h. l.* sed, ut dictum ad eos qui *ex officio res emunt*, quatenus specialiter præpositi rebus alienis, aut jurisdictionis officium circa quasdam res & personas exercentes, easdem vel eorundem res emere vellent: quod merito suspectum & fraudibus obvium habetur; In judicibus autem & Magistratibus concussioni obnoxium esse, manifestum est. Verum enimverò non negamus alioqui, Provinciarum Rectoribus interdictum fuisse emendi commercium in Provinciis. Sic enim Ulpianus scribit in *l.* 6. §. *ult. vers. Et quod d. Off. Proconsul. Mandatis continetur, ne proconsul, vel qui in alio officio erit, emat quid, nisi victus quotidiani causâ.* Hermogenianus in *l.* 46. §. 2. *d. Jur. Fisc. Quod à præside, seu procuratore, vel quolibet alio in ea provincia, in qua administrat, licet per suppositam personam, comparatum est: infirmato contractu vindicatur, & æstimatio ejus fisco infertur. Nam & navem in eadem provincia, in qua quis administrat, ædificare prohibetur.* Justinianus quaslibet ædificationes tam urbanis quam Provincialibus interdixit magistra-

giſtratibus, in *l. un. C. de Contract. Jud. niſi ſpecialem hoc eis permittentem reſcriptionem meruerint*, additur *in pr. d. l. Un.* Unde poſtrema hujus textus verba, *niſi ſpecialiter hoc quibusdam conſenſum eſt*, à Triboniano appicta eſſe, putat Cujacius 16. *obſ.* 13. Giphanius *l.* 3. *C. de his quæ vi met.* Faber in *Rational. hic* & Wiſſembach. *emblem. ad h. l.* Quæ tamen adjectio non modo à ratione recta, ſed & à juris antiqui ratione tam non abhorret, ut de Cenſurâ laborandum ſit. Eſt adhuc à regulâ hujus loci exceptio *in l.* 62. *h. t.* quam vide ſis. Sed ex illis non ſequitur neceſſario, in hoc Textu, verbis *ex officio*, contineri prohibitionem cujuslibet emptionis ab hominibus in officio aliquo conſtitutis; Sed eâ quam dedimus interpretatione contentus hic locus eſſe videtur.

Ulpianus Lib. XI. ad Edict.

Labeo ſcribit: ſi mihi bibliothecam ita vendideris, ſi decuriones Campani locum mihi vendidiſſent, in quo eam ponerem; & per me ſtet, quo minus id à Campanis impetrem: non eſſe dubitandum, quin præſcriptis verbis agi poſſit. Ego, etiam ex vendito agi poſſe, puto: quaſi impleta conditione: cùm per emptorem ſtet, quo minùs impleatur. L. 50. *d. Contrah. empt.*

I. Hunc locum neceſſe non erat, in hanc claſſem redigere, niſi parendum eſſet magiſtris Cenſoribus, quorum Autumnus *hic*; *Si*, inquit, *ea quæ ſunt in uſu vitâque communi, non ea quæ finguntur aut optantur, ſpectare debemus, Lex* Labeo inutilis eſt. *Nam vendita erat bibliotheca, ſub conditione, ſi decuriones Campani locum vendidiſſent.* Non vendiderunt. Ergo dificit conditio, *quæ non poteſt intelligi de voluntate vendendi, ſed de perfecta venditione, pace Ulpiani dixerim*, inquit. *Sufficit, reverâ locum ponendæ bibliothecæ non eſſe venditum, quicquid de voluntate vendendi fuerit.* Nugæ magiſtrales. Quid eſt æquius quam hæc regula Juris? Qui obligatus eſt ſub conditione, ſi per eum ſteterit, quominus impleretur conditio, in ipſius præjudicium pro impleta habetur *l.* 7. *ſ. pr. h. t. l.* 24. *d. Cond. & dem. l.* 85. §. *ult. d. Verb. Obl.* Emptor hic impediendo conditionem, vel operam non dando ut impleretur id egiſſe videtur, ut obligatione ſe eximeret: quâ in re non eſt æquum illi indulgeri; ſed coartandus eſt ad implendum contractum, & ſolvendum pretium. Quia ſi vult, Conditione potiri poſſit. Quin Actio venditi minus habet dubii, quam præſcriptis verbis, ut videtur. Quid enim hæc eſt, cum non ſit Contractus innominatus? Sed eſt, ut videtur, ex genere actionum præſcriptis verbis extraordinario & vago; quod applicatur, quoties de contractu aliquo nominato, & actione ex eo danda dubitatur, de qua diximus ad *Tit. de Præſcript. verb.*

Paulus Lib. V. ad Plautium.

Domum emi, cum eam & ego, & venditor, combuſtam ignoraremus: Nerva, Sabinus, Caſſius, nihil veniſſe: quamvis area maneat: pecuniamque ſolutam condi-

dici posse, ajunt. Sed si pars domus maneret: Neratius ait hanc quæstionem multum interesse, quanta pars domus incendio consumptæ permaneat. Ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem: sed etiam, quod fortè solutum ab eo est, repetet, sin vero vel dimidia pars, vel minor, quàm dimidia, exusta fuerit: tunc coarctandus est emptor venditionem adimplere, æstimatione viri boni arbitratu habita: ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus præstatione liberetur. Sin autem ignorabat: nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si verò quantacumque pars ædificii remaneat; & stare venditionem; & venditorem emptori, quod interest, restituere. Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat. Et hic enim oportet, & venditionem stare; & omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi; vel, si solutum sit, non repeti. Quòd si uterque sciebat, & emptor & venditor, domum esse exustam totam, vel ex parte: nihil actum fuisse: dolo inter utramque partem compensando: & judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente. L. 57. d. Contrah. empt.

1. Magno conatu nugas egere Nerva, Sabinus, Cassius, Paulus cum suis distinctionibus, si Autumno credimus. Quoties enim partem domus emptam venditam contrahentes, vel emptor solus incendio consumptam esse nesciverunt, stare non potest venditio. *Et hoc jure utimur*, addit, laudante Groenewegio *ad h. l.* Atque ita definitum esse decreto Senatus Parisini 23. *xbr.* anno 1589. testatur, cujus rei fides sit penes Autumnum, qui procul à foro Parisiensi egit, cum Mornacius illius Fori Patronus eruditissimus, ex hoc loco πραγματικῶς argumentetur: quemadmodum & Brunnemannus è Germanis. Sed Autumnus miratur, ab Interpretibus id non esse animadversum, ut etiam turpe vocet erratum hoc, quod in celebratissimis Cujacii commentariis hæserit. Imo rationibus ex ipso Jure Civili petitis, οἰκείοις πτεροῖς, *propriis sagittis* Auctores Juris confodit. Primo ex *l.* 8 *d. Peric. & Comm. rei Vend.* ubi scriptum est, Emptionem Venditionem, *esse perfectam, si id quod venierit, apparet, quid, quale, quantum sit.* Unde sic juris esse videtur, rem integram esse debere tempore contractus. Si tunc integra non appareat, non valere contractum. Idem fere docet lex 38. §. *cum autem* 14. *d. Ædil. Ed.* Si par, triga, quadriga jumentorum veneat, unumque ex iis redhibendum sit jumentum, ita juris esse, ut omnia redhibeantur. Quod etiam est *in l.* 44. *h. t. Si duos quis servos emerit uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus, neque in vivo constat emptio*, inquit Martianus.

2. Ad hæc ita videtur respondendum; Quod venditum est, tempore contractus existere & apparere debet, *d. l.* 8. Proinde, si par vel biga jumentorum, si triga, quadriga, non sit talis, emptio venditio non valet. *d. l.* 38. & *l.* 44. Si domus etiam vendita, non sit domus, tempore contractus, emptor non tenetur, quod de domo venditâ superest, accipere. Cum autem à potiori fiat denominatio, si pars major domus supersit, domus esse videtur, & emptio venditio subsistit, ut defectus empti vendiri actione suppleatur *h. l.* 57. sic tamen, ut in præjudicium scientis ob dolum, in favorem ignorantis interpretatio fiat,

quemadmodum est in textu. Quæ cum æquitati convenientissima sint, non placet amplius cum Fabro reciprocare serram, utrum verba quæ sequuntur, post voces, *Neratius ait*; hoc est; totus fere textus, à Paulo sit, an à Triboniano. Nisi quod hoc ad Eunomiam pertinet, quod necesse foret dicere, Tribonianum non modo sub nomine Pauli tam prolixum edidisse Textum ut Faber vult, sed etiam suas distinctiones falso adscripsisse Neratio; Tribuit enim Neratio ea quæ sequuntur. Quod cur fecisset, quod facere nihil opus erat, cum Pauli nomen æque fuisset idoneum, quam erat Neratii, nihil causæ videtur. Nec adeò, quod hoc fecerit, tam est probabile, ut ideo Cujacius etiam à Fabro increpandus fuerit, quod hanc suppositionem non animadverterit, dum hujus textus lectionem defendit in *lib.* 14. *obs. c.* XI. Sed in sequente textu novum est argumentum, quo Faber admissum Triboniani evincit: Oportet hoc videamus.

Papinianus Lib. x. Quæstion.

Arboribus quoque vento dejectis, vel absumptis igne, dictum est, emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum (veluti oliveti) fundus comparabatur: sive sciente, sive ignorante venditore. Sive autem emptor sciebat, vel ignorabat, vel uterque eorum: hæc obtinent, quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt. L. 58. *d. Contrah. empt.*

1. Antonius Faber in *Rational. ad L. Præced. sub. fin.* ultima hujus textus verba non modo negat esse Papiniani, sed etiam à Triboniano male ineptéque adsuta esse contendit. Cum enim Lex Præcedens sit Pauli, hæc Papiniani, non poterat hic locus ex *lib.* x. Quæstionum Papiniani desumptus respicere ad locum Pauli ex *lib.* 5. *ad Plautium.* Atqui sic ultima periodus est concepta; *sive autem &c. hæc obtinent, quæ in superioribus.* Non potest dubitari, quin hoc sit emblema Triboniani, licet omissum Wissembachio nostro *in suis Emblematis*, quæ tantum petiit ex aliis; E Fabro petere noluit. Certè cum è Papiniano retulisset in hac *l.* 58. Tribonianus aut ejus ministri Professores, quod de arboribus hic est positum, subjecerunt, ut videtur, eandem scientiæ & ignorantiæ distinctionem in illis obtinere, quam suprà de Ædibus instituerant. Atqui Papinianus scire non poterat in *libris Quæstionum*, quid compilatores, post tria secula, supra locum è suis libris excerpendum collocaturi essent ut ad illa referret, τὸ *suprà.* Nam si quis Papinianum in libro *illo* x. *Quæst.* easdem & eodem loco putet habuisse distinctiones, quas hic è Paulo in *l.* 57 insertas vidimus, ut sic τὸ *suprà* ad eosdem vel eundem Papiniani librum spectet, rem nimis fortuitam & incredibilem acciperet ut probabilem.

2. Fatendum est igitur hæc ultima verba videri adjectitia Triboniani. Sed nego esse peccatum in eo, Justinianus enim uno contextu scribi voluit Pandectas, ut suum opus; nomina Juris Consultorum honoris causâ præfigi jussit, non ut opus interrumperent. Si quid igitur mutaverit, addiderit, vel subtraxerit Imperator, nihil in eo per se peccati est; modo nulla inde confusio in Artem invehatur, ut sæpe diximus, inde jam à principio *ad Constitut. Dedit nobis.*

h.t. huic operi præfixam. Atqui ex hac periodo nihil obscuritatis, confusionis vel incommodi oritur: cum simpliciter præbeat remissionem ad locum præcedentem. Nec ideo probat, etiam quod enixè vult Faber, distinctiones *Legis* 57. esse à Triboniano: Potuit enim is æque remittere Lectorem ad dicta Pauli superius posita, quam ad sua.

3. Cæterum, hoc satis est notabile, quod Faber adseverat, Tribonianum non esse ausum ullibi Papiniano excerpto loco manus injicere, quam huic soli. Quod non concedit ei Wissembachius noster in *Emblem. Trib. ad l.* 1. *d. Usur. l.* 15. *d. Rit. Nupt. l.* 13. §. *ult. d. Tutor. & Curat. l.* 5. *de Jur. Codicill.* de quibus forte videbimus *in locis suis.* Obiter ad argumentum hujus textus. Cur, si domus parte paulo minore combustâ, valet emptio venditio, *l.* 57. *h.* non valet etiam, arboribus adjectis aut combustis? Hoc ideo, quia contemplatione illarum arborum fundus erat comparatus, idque specialiter actum erat, secus ac in *L. Præced.* salvâ tamen eâdem interpretatione, contra scientem & in favorem ignorantis.

Javolenus Lib. 11. Epistol.

Fundus ille est mihi & Titio emptus. Quæro, utrum in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit: respondi: Personam Titii supervacuo accipiendam, puto: ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere. L. 64. *d. Contrab. empt.*

1. Censura hujus loci una communis est, cum eâ, quam habuimus ad *l.* 9. §. 4. *d. Reb. Cred.* ubi est, Alium alii obligationem acquirere non posse: quod plerique Juri Naturæ & Gentium volunt esse contrarium; qui proinde *legem hanc* 64. Usu damnatam esse adfirmant, ut Groeneweg. *hic.* Nos ex ratione juris Naturalis aliter existimamus, ut ex iis quæ ad *d. l.* 9. §. 4. nec non ad *l.* 17. §. 4. & *l.* 21. §. 2. *d. Pact.* habuimus, intelligi potest. Rogo enim; si quid mihi & Titio emerim, quam causam agendi Titius habebit? Accipiendus enim est casus *h. l.* 64. si Titius nil mihi mandaverit, nihil mecum egerit. Jus naturæ non dictat, aliquem agere posse adversus alium, qui nihil cum ipso, vel contra ipsum, egit aut locutus est, ubi nihil inter partes est medium rei, dicti, vel facti, multo minus ego contra Titium agere possum, ut rem à me, ipsi ignaro emptam accipiat. Hanc igitur censuram mittimus. Sed cur totus ad emptorem fundus pertinet, cum respectu tertii, obligatio sit ipso jure nulla §. 4. *Inst. de Inutil. stipul.* ubi, *sed placuit, non plus quàm dimidiam partem ei acquiri?* Nam quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non auget meam partem, nec in contractibus habet locum jus Accrescendi *l.* 110. *in fin. pr. d. V. O.* Differentia petenda est à diversâ rerum naturâ. Si res dividua sit in stipulatione, sic obtinet, ut est *in d.* §. 4. & *l.* 110. secus, si res individua sit. *L. Stipulationes non dividuntur* 72. *d. V. O.* quales sunt servitutes *l.* 5. *Comm. Præd.* Sic etiam fundi venditi causa indivisa est *l.* 139. *d. V. O.* & odium Communionis, in quam incideret emptor, pleraque habet singularia *l.* 77. §. 20. *d. Legat.*

 2. *l.* 47.

2. *l.* 47. §. 1. *d. Minor. l.* 26. §. *si centum d. Condict. Indeb.* Adde *l.* 78. §. 2. *t. b.*

Javolenus Lib. IV. ex posterior. Labeon.

In lege fundi vendundi, lapidicinæ in eo fundo, ubicunque essent, exceptæ erant: & post multum temporis in eo fundo repertæ erant lapidicinæ. Eas quoque venditoris esse, Tubero respondit. Labeo: referre, quid actum sit. Si non appareat, non videri eas lapidicinas esse exceptas: neminem enim nec vendere, ne: excipere, quod non sit: & lapidicinas nullas esse, nisi quæ apparent, & cædantur. Aliter interpretantibus, totum fundum lapidicinarum fore, si fortè toto eo sub terra, esset lapis. Hoc probo. L. 77. d. Contrah. empt.

1. Rodit hanc & præcedentem Legem Autumnus. Et de illa quidem non est operæ pretium rationes ejus expendere: tam languidæ sunt & facile solvendæ. In hac lege Javolenus & Labeo contra verba satis clara conventionis, adversus Tuberonem è conjecturis longe petitis argutari videntur. Venditor in vendendo fundo excepit, & sibi reservavit lapidicinas in eodem fundo sitas, ubicunque essent. Non possunt esse verba majoris efficaciæ ad nihil excludendum. Quid vetat igitur lapidicinas postea detectas sub illis comprehendi? *Quia non sint lapidicinæ, nisi quæ apparent & cæduntur.* Captio, ut videtur, grammatica, adversus id quod evidenter aliter actum est. Ultima ratio, *quia forte totâ sub fundo terrâ lapis esse posset*, magis adhuc est quæsita, ut ab eo quod rarissimum & incredibile est, conclusio fiat generalis. Plura, quæ habet Autumnus, quod etiam spes, & quod non existit, ut jactus retis sive captus piscium & avium vendi possit *l.* 8. *b. l.* 12. *d. Act. emp.* prætereo; quia non quæritur, an lapidicinæ, quæ necdum extant, vendi, vel in vendendo excipi possint, verum, an exceptis lapidicinis, ubicunque essent, etiam quæ non apparebant, exceptæ videantur. Prius, excipi posse non negant. Ajunt enim, referre, quid actum sit. Ergo, si expresse ita convenerit, ut lapidicinæ, quocunque tempore detegerentur, venditori cederent, pacto standum esse nemo dubitet, easque etiam quæ deinceps apparuerint, exceptas videri. Cum vero simpliciter exceptæ sunt lapidicinæ, ubicunque essent, exceptionem esse restringendam ad eas, quæ tum existerent, natura conventionis indicat: Ut quam minimum juri Venditionis derogetur; nec quod ignorarunt partes, in obligationem trahatur. Non est inanis ratio, quam ab etymologiâ lapidicinæ petiit Alfenus. Aliud enim est lapis subterraneus, aliud lapidicina; cui à cædendis lapidibus nomen, in quâ lapides cæduntur. Nihil est civilius & popularius, quàm à proprietate vocum ad res argumentari. Lapis igitur in terrâ occultus non est lapidicina, etsi aliquando talis fieri possit; Ergo nec lapidicinâ exceptâ intelligitur. Est enim regula Juris, conventiones, etsi generales, nunquam trahi ad futura vel incogitata, ut ex pluribus Juris nostri locis probat *ad b. l.* Accursius *l.* 5. *d. Transact. l.* 35. *d. Pact. l.* 2. §. 1. *d. Hered. Vend. l.* 26. § *Lucius d. Pignor. L.* 18. § *si is qui d. Damn. inf. l.* 26. *in fin. d. Acquir. Poss.* Non entium & non apparentium est eadem

dem ratio *l.* 30. *d. Testam. Tut.* Denique, nec absurdum est argumentum Alfeni ad absurdum, illud: Si lapidicinæ non apparentes comprehendantur, fieri posset, ut totus fundus aliquando exceptus reperiretur, si totus forte lapide subterraneo repletus esset. Nec id tam incredibile & inauditum est, quam Autumnus putet, ut vena lapidis, sicut metallorum se per omnem diffundere queat fundum. Quo tamen casu, si venditor id actum probaret, ut lapidicinæ etsi non apparentes, suæ manerent, eoque prætextu totum repeteret fundum, æque ad pretium reddendum teneri videretur, per *l.* 11. §. 18. *vers. neque enim bonæ fidei*, & *l.* 50. *d. Action. empt.*

Labeo Lib. IV. Posterior. à Javoleno epitomar.

Frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses: dixisti, te, si quid vi, aut tempestate factum esset, præstaturum. Ea frumenta nives corruperunt: si immoderatæ fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit. L. 78. §. 3. *d. Contrab. empt.*

1. Censuræ duplex argumentum. Primo enim plerisque populis ita visum est, ejusmodi venditiones frumentorum, quæ adhuc in herbis sunt, esse captiosas, & agricolarum simplicitati graves, quibus non expedit, experiri casus fortuitos ab hominum insidiis: Esse quod spes suas à divinâ benedictione suspendant, neque se præbeant insidiis monopolarum & vulpium frumentariorum, Zypæ. *Not. Juris Belg. Tit. de Empt. Vend.* §. *de Annonâ.* Anselm. *Cod. Belg. in verb.* koorn. Neostad. 1. *Supr. Cur. Decis.* 61. *inf.* Anton. Matth. *de Crim. lib.* 48. *tit.* 9. *n.* 1. *in fin.* Ubi; *quoniam res tendit ad Annonæ flagellationem.* Molinæus de Usur. *n.* 470. Idem placuit Frisiis *lib.* 2. *Stat. tit.* 8. *art.* 1. Omnes *Venditiones & contractus de frumentis, navalibus mensuris,* by lasten / *tradendis, dum adhuc in satis, aut dum in aristis sunt, & adhuc crescunt, nullius momenti erunt ac abolentur.* Quibus verbis apparet, hanc prohibitionem non leviter restringi, ut docet Sandius 3. *decis.* 4. *def.* 7. & nos in *Part.* 1. *Jurispr. Hod. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 4. *& seqq.* Quod ad defensionem Juris Romani attinet, dicendum est ita; Magnam esse latitudinem rerum civilium; magnam populorum & seculorum in moribus & æstimatione decori vel utilitatis publicæ, differentiam; ut ex omnium collatione Legum & Statutorum colligitur. Nec quod uni placuit, aliis displicuit, ideo in alterutram partem reprehendendum est. Denique, non esse hanc imperfectionem Juris Romani, patet inde, quod in plerisque populis istæ prohibitiones usu mercaturæ & Agriculturæ jam pridem subactæ abolitæque sunt, ut Groenewegius ad *h. l. n.* 2. testatur. Apud nos amisisse Legem, suam vim, non tam dixerim; quàm per exceptiones è verbis Statuti resultantes, exiguum ejus usum esse, ut docet usus Fori quotidianus.

7. Alterum in hoc textu ἀσυστάτως est, quod venditor, qui recepit se præstiturum, si quid vi aut tempestate nocitum esset frumento, corruptis nive frugibus teneatur, si immoderata fuerit nix, & contra consuetudinem tempestatis. Ergo si non immoderatæ fuerint nives, nec extra consuetudinem tempestatis, non

non tenebitur? Ita videtur è contrario verborum ſenſu inferendum. Sed hoc tam abſurdum videtur, ut plerique Interpretum, ait Faber, ita locum intellexerint, quod venditor eo tantum caſu, ex illo pacto teneatur, quo nives quidem nimiæ, ſed tamen ſolitum non egreſſæ modum frumenta corruperint. At hic ſenſus ſine mutatione Lectionis obtineri non poteſt. Accurſius & Faber, aliique nihil abſurdi inveniunt in eo, quod è contrario ſenſu collegimus, Venditorem, qui vim tempeſtatis in ſe recepit, teneri ad inſolita, non æque ad ſolita. Quo ita contrahentes periculum partiri voluiſſe videantur, ut ſolitam tempeſtatis vim emptor ex naturâ Contractus ferat, inſolitam venditor in ſe recepiſſe credatur. Forſitan etiam hic τὸ ἀμαθέστερον, σαφέστερον, quod ſimplicius, eſt melius. Venditor frumenti recepit, ſe præſtiturum, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet. Quæritur, an ſi immoderatæ inſolitæque nives frumenta corruperint, venditor ex pacto teneatur, quia non ſolent ad caſus incogitatos trahi conventiones *l.* 5. *d. Tranſact.* Reſpondet Labeo, teneri Venditorem, quia generaliter omnem vim tempeſtatis in ſe recepit. An inde ſequitur, illum eſſe liberum, ſi nimiâ nive, non tamen omnino inſolitâ, fruges ſint obrutæ? Imò tum maxime, Verba, *ſi quid tempeſtate factum erit*, uſu veniunt ac obtinere debent & qui periculum in ſe recepit, haud dubie tam ſolitum, quam ad inſolitum; & ad illud vel maxime tenebitur; quia de ſolitis inprimis cogitant partes. Sit igitur & hoc, ſi placet, exemplum; à contrario ſenſu non ſemper argumentum valere certò & tutò.

Ulpianus Lib. XXII. ad Edict.

Imperator Severus reſcripſit: Sicut fructus in diem addictæ domus, cùm melior condicio fuerit allata, venditori reſtitui neceſſe eſt: ita rurſus, quæ prior emptor medio tempore neceſſario probaverit erogata, de reditu retineri: vel, ſi non ſufficiat, ſolvi æquum eſt. Et credo ſenſiſſe Principem de empti venditi actione. L. 16. *d. Addict. in diem.*

1. Cenſura Autumni: Fructus in diem addictæ domus, licet melior conditio fuerit allata venditori, neceſſe non eſt reſtitui, quicquid dicat in hac *l.* 16. Ulpianus, & *in L. Item quod dictum eod.* Sic ille contra claram Juris doctrinam optimâ ratione ſubnixam; quia, ſi melior allata fuerit conditio, res inempta fit, omniaque retro aguntur *l.* 1. *& f. b. t.* Duæ ſunt rationes in diverſum. Prima, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus perceptos & conſumptos lucratur §. 35. *I. de A. R. D.* Emptor autem ſub addictione in diem, ſine dubio eſt bonæ fidei poſſeſſor, imo verus dominus, qui fructus lucrari dicitur *l.* 2. §. 1. *l.* 4. §. 3. *b. t.* Reſpondetur, Allata meliore conditione, res ita retrò agitur, ut nihil actum videatur; idque ſcivit emptor futurum, ſi melior allata foret conditio: quæ res etiam qualitati bonæ fidei obſtare videtur. Altera Autumni ratio eſt, quod Venditor pretio fruatur, ideoque fructus emptorem lucrari oporteat. In quo ſummam habet rationem, non ut Emptor fructus retinere debeat; ſed ut Venditor, ſi pretium acceperit, eoque ſit uſus, interuſurium

furiam emptori præstet, ut rectè Brunnemannus *ad h. l.* & Lauterbachius *ad h. t. th.* 7. imo & Ulpianus in *l.* 29. §. 2. *d. Ædil. Ed.* Quod si fiat, nihil est causæ, cur æquius & melius sit, fructus ab emptore retineri, quo jure nos uti adserit Autumnus *in fin. ad h. l.* sed non probat. Magis probo, Addictiones in diem, quibus pura venditio fiat, & possessio transferatur, interea dum melior expectetur conditio, esse rarissimas usu hodierno; quemadmodum frequentissimæ sunt Addictiones in diem, sine possessione, quibus emptio venditio sub conditione contrahitur, quam nostrates vulgo appellant, Provisionele palmslach.

Ulpianus Lib. XXXII. ad Edictum.

Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium, quod numeravit, perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quæ est humana, quando Emptor aliquam partem pretii dedit l. 4. §. 1. *d. Leg. Commiss.*

1. Venditus est fundus, hac Lege, Si emptor pretium intra duos menses non solvat, rem fore inemptam. Proinde, si pretium non solvat, actione Venditi ad rem cum fructibus restituendam tenetur. Quid si partem pretii solverit? adhuc res inempta fit; sed pro rata pretii quod solvit, retinet fructus ex sententiâ Neratii, quæ humanitatis respectu admissa fuit; Nemine contradicturo. Sed quid de parte pretii quam solvit, fiet; si fructus eam non adæquent; numquid hæc venditoris lucro cedet? Ita videtur, ex verbis: *cum pretium, quod numeravit, perdidit:* & ex ultimis, *quando emptor aliquam partem pretii dedit.* Mirum est, eos qui laudant in Neratii sententia humanitatem, non esse sollicitos de mitigandâ *hujus loci* duritate in eo, quod venditor pretii partem sibi solutam, propter moram in reliquo pretio solvendo, retinet atque lucratur. Quod inopibus grave emptoribus, ac idcirco alienum à moribus hodiernis adfirmat esse Groenewegius *ad h. l.* Sæpe enim fit, ut sine culpa totum solvi nequeat, cum numeratio totius debiti non sit in expedito *l.* 10. *in fin. pr. d. Fidejuss.* & ob ejusmodi defectum tralatitium, emptorem non usuris aut fructuum jacturâ, sed parte pretii solutâ notabili mulctare, eumque solatio fructuum interim perceptorum esse jubere contentum, nimis enorme & inhumanum videtur. Nec à dolo venditor excusari posse, qui & rem & pretium, pro parte saltem, retinere velit, contra *l.* 11. §. 18. *d. Action. Empt.* & cum alterius jacturâ locupletari, contra æquitatem naturalem *l.* 14. *d. Condict. Indeb.* denique, legem hanc duram & usurariæ Labi adfinem esse, monet Zoesius ad *h. t. n.* 4. & Lauterbachius *ad h. t. th.* 10. laudatis Bachovio, Mæstertio & aliis. Brunnemannus etiam dubitat, an in foro conscientiæ locum habeat, adversus imperitum legis, de perito secus arbitratur. Atqui hanc legem omnes sciunt; servandam esse fidem quam dederis; Et si lex sive Pactum pœnale sit, eam pœnam exigi posse sciunt omnes. Unde vix est, ut inter scientem & ignorantem distinctio hic usum habeat.

2. Ego tamen ita existimo, defensionis causam hac parte non deesse Juri Romano. Quid enim est aliud in Lege Commissoriâ, quam pœnale pactum? Si quis

Ssss pro-

promiserit rem vel factum, & nî præstiterit centum, quis iniquum esse dicet, hanc pœnam exigi, ab eo, qui se ad illam obligavit? Hoc saltem interest, quod in lege Commissoriâ de quâ hic agitur, non specialiter dictum est, ut si totum non solvat pretium, quod solutum est perdat: sed natura negotii id ultro dabat. Qui dicit, pretio intra diem non soluto rem fore inemptam, de omni pretio loquutus est, nec aliter intelligi potuit; sicut emptor actionem ex empto non habet, nisi toto pretio persoluto *l.* 13. §. 8. *d. Action. empt.* Quis ignorat Inemptâ re factâ, rem ipsam & totam esse restituendam: Quod solutum fuerit, quâ id actione repetet? cum nihil quam negligentiam & defectum fidei datæ proferre queat. Ratio plane, pro jure Romano non deficit. Usus sicubi diversus sit, habeat eandem humanitatis rationem, quam Neratius in fructibus perceptis sequutus est. Sanè Illud ipso Jure Civili cautum: si post diem lege Commissoria expressum, venditor partem reliquam pecuniæ accepit, recessum, videri è Commissoriâ *l.* 6. §. *ult. h. t.* Moribus etiam hodiernis, ipsam Legem Commissoriam, non nisi post interpellationem & sententiam declaratoriam exerceri testis est Groenewegius *ad h. l. in fin.* quod usui Fori in *similibus*, *satis* est consentaneum.

Ulpianus Lib. XXXXVIIII. ad Sabin.

Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse definit. Sed si vendidit hereditatem: æquissimum videtur, emptorem hereditatis, vicem heredis obtinere, & idcircò teneri venditori hereditatis: sive, cùm moritur, testator debuit; quamvis post mortem debere desiit, adita à venditore hereditate: sive quid in diem debeatur: sive sub condicione, & postea condicio exstitisset. Ita tamen, si ejus debiti adversus heredem actio esse poterat: ne fortè etiam ex quibus eum herede actio non est, agatur. Et si servitutes amisit heres institutus, adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur. L. 2. §. 18. *&* 19. *d. Hered. vel Act. Vend.*

1. Titius heres factus debitoris sui vendidit hereditatem; Et emptor omni ære alieno sine dubio tenetur. Venditor suum quoque nomen profert, & petit ab Emptore quod sibi à defuncto debebatur: qui intentionem ejus bifariam refellit. Primò enim sic ait; Tu heres debitoris tui factus, creditum tuum amisisti per Confusionem *l.* 75. *d. Solut.* quod sine novâ causa, quæ hic nulla exsistit, reviviscere non potest *l.* 98. §. *aream d. t. de Sol.* ut etiam de Servitutibus proditum est, eas semel extinctas, sine speciali constitutione non renovari *l.* 18. *d. servit. l.* 30. *d. S. R. P.* etsi hic contra scriptum sit in § 19. Alia est Emptoris ratio ab æquitate petita; Tu vendidisti hereditatem, neque tuum creditum ullo verbo commemorasti, vel excepisti. Hoc jam ex post facto petere, dolo proximum videtur. Ac ita visum esse, non modo proprætori Parisiensi, sed etiam celebrioribus Fori Parisiensis Advocatis, qui Antonio Ferrando Advocato, ex hoc §. 18. Venditori patrocinato, auctores fuerint, non appellandi, quod tanta *hujus* §. esset subtilitas, ut minima spes foret, Senatum esse probaturum tam inex-

inexpectatum ἀνεκδόκητον; auctor est Mornacius *ad h. l. & l. 20. h. t.* Quibus accedit, quod dissimulatio Venditoris non nisi insidiosa videri possit.

2. Mirum est, adeo discrepantia Prudentium Virorum esse judicia, ut quod Ulpianus *æquissimum* esse pronuntiat, hoc JurisConsulti hodierni, ad speciem summi juris, quod summa sit injuria meræque subtilitatis, referendum putent. Et quod Africanus, ut simplicissimum laudat, in *l. 20. §. 1.* hoc Mornacius excellentis judicii Interpres, *ex acumine ipsisque juris apicibus* eductum censeat. Cum tamen hæc ejusmodi sit materia, quæ mutatione morum & seculorum nullam recipit diversitatem: In hominum judiciis alterutrâ parte opinionis errorem latere versarique oportet. Pro Ulpiano quid dici possit, videamus. Ipse ait, *Emptorem hereditatis, vicem heredis obtinere.* Heres à Venditore, sive Creditore defuncti conveniri potuisset; Ergo & emptor eâdem actione, quæ in heredem debatur, quod est vicem heredis obtinere, ut Accursius monet. Hoc verò negat Ant. Faber, eo quod actio semel extincta renovari non possit, ut modò diximus, ne à Prætore quidem *L. 2. §. ult. Si ex nox. caus. ag.* Hac igitur ratione hujus L. sententiam non posse defendi. Opus esse aliâ defensionis via, quæ hæc sit: Venditori eidemque creditori competere actionem ex Vendito, in quam veniant omnia, quæ sunt ex æquitate & bonâ fide, quatenus inter emptorem & venditorem hereditatis id actum intelligitur, ut nec plus nec minus ad emptorem hereditatis, quam penes heredem quemlibet futurum esset, perveniat *l. 2. in pr. h. t.* Unde quæ adversus heredem alium actio data fuisset, eandem in emptorem hereditatis competere oporteat. Res eodem redit; nec tamen ab Accursii ratione causam recedendi habemus: Creditor idemque venditor adversus emptorem hereditatis eandem sine dubio habet actionem Restitutoriam, quæ adversus heredem competeret si illa non revivisceret, sed extincta maneret, nullam opinor, actionem haberet. Quod autem à lege restitui non possit actio, ubi æquitas id postulat, nulla juris ratis probat. Hæc autem in hypothesi nostri L. extincta fuit confusione; Atqui habet. Ergo revixisse oportet actionem & restitutam fuisse. *l. 8. §. 7. & sequ. Ad SC. Vell.* Ipsaque *l. 2. in in fin. si ex nox. Caus. ag.*

3. Sed ad æquitatem Ulpiani sententiæ adserendam, nihil interest utrâ rationis viâ incedamus. Emptor hereditatis vicem heredis obtinet: Nec plus, nec minus habere debet, quam heres habuisset. Tenetur de omni ære alieno, prævisо & incognito, in infinitum: nec adversus venditorem habet regressum ex eo, quod is aliquas species æris alieni omiserit: nequidem si læsus sit ultra duplum, ut ex *hac l. 2. §. 2. & passim* liquet, ac probat inter alios Sandius noster *lib. 3. tit. 4. def. 14.* De jure Crediti, Venditoris, non habet querendi causam, magis, quam de ullâ specie æris alieni antea non detecti vel prædicti. Et cum nihil verius sit, quam quod vulgò ajunt DD. eum, qui Hereditatem emit, quasi jactum retis emere, propter incertitudinem lucri & damni in hereditate comprehensi, nihil est causæ, cur emptor ob id quod à parte venditoris exoritur, magis quam aliunde læsus videatur. Nec venditor ad suum creditum magis, quam ad reliquum æs alienum profitendum tenetur. Quam negotii naturam considerans Ulpianus, nihil ab æquitate alienum statuisse videtur; Nec cur id hodieque

dieque Judices sequi possint & debeant, satis causæ profertur, ut jam diximus in *Prælect. ad h. t. n.* 3.

Pompon. Lib. xv. ad Sabinum.

Celsus filius putabat: si vendidisset mihi filiusfamilias rem peculiarem: etiam, si conveniat, ut abeatur ab ea venditone; inter patrem, & filium, & me convenire debere: ne, si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari: & quæratur, utrumne nihil agatur ex ea pactione, an verò ego quidem liberer, filius maneat obligatus. Sicuti si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur: ipse quidem liberatur, non etiam qui cum eo pactus est. Nam quod Aristo dixit, posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, non est verum: quia pro una parte contrahentium abiri pacto ab emptione non possit, & ideo si ab una parte renovatus sit contractus, dicitur, non valere ejusmodi pactionem: sed dicendum est, patre paciscente, & liberato adversario, filium quoque obiter liberari. L. 1. *d. Rescind. Vend.*

1. Ultima verba, *sed dicendum est &c. non dubito*, ait Faber *hic*, quin *sint Triboniani, Prudentum nostrorum responsa more suo ad libitum corrumpentis, & nihil minus, quam ad juris rationem attendentis.* Cui bono? dicat Cassius. Nullo quam corrumpendi studio scilicet: nec enim hic ad ævum vel ad sententiam Imperatoris sui quicquam flexit, ut sunt omnia Wissembachii nostri emblemata. Sed videamus, quare hæc, uti scripta sunt, ita consistere non possint. Species facti: Filius rem à patre in peculium concessam, vendidit. Male, judicio Patris; qui cur alioqui consentire nollet, ratio non apparet. Hic igitur emptorem convenit & paciscitur ab eo, ut res inempta sit. Quæritur, an hoc consensu Emptio Venditio dissolvatur? Negabat Celsus; quia filius venditor in contrarium ipse consentire debet. Pactum Patris non nocere vel prodesse filio, sed valere tantum inter Patrem & emptorem; vel potius eo nihil actum videri. Ita Celsus. Subjungitur Ἐπίκρισις, contra Celsi opinionem; Pactum inter Patrem & emptorem valere, directè: Consequenter, *obiter*, liberare filium. Quia cum res vendita sit propria Patris, in peculio scilicet profectitio; pactum pro Inempto habendi, servat dominium Patri, & consequenter filium à vendendi obligatione liberat. Quod si hæc ultima verba non sint Pomponii, sed Triboniani, necesse dictu foret, Pomponium nihil ad Celsi opinionem improbatam reposuisse: Nisi fingere velimus, quod nec Ant. Faber ὑπερφυικῶς fingere veretur, Tribonianum aliam Pomponii responsionem induxisse, delevisse, suamque falsam & ineptam substituisse: quo quid insolentius & creditu alienius proferri possit, nescio.

2. Sed quæ ratio Fabrum movet ad tam enormem Crisin? Non est de nihilo difficultas, quam movet. Alius alii stipulari vel pacisci non potest, ne quidem Pater filio *l.* 17. §. 4. *l.* 21. §. 2. *Pact. ubi diximus.* Et si de re peculiari agatur, ut hic, filius in solidum, Pater de peculio saltem tenetur *l.* 44. *d. Pecul. l.* 49. *d. O. & A.* Unumquodque solvitur eo modo, quo est colligatum *l.* 35. *d. R. J. l.* 80. *d. Solut.* Filius igitur, qui vendidit, in contrarium oportet ipse consentiat

sentiat, ut Emptio Venditio resolvatur: In quo Faber est prolixus. Et habet rationem, quod attinet ad directam conventionis vim; quomodo & Celsus habuit rationem. Sed multa, utilitatis causâ, contra subtilitatem juris esse recepta innumerabilibus exemplis probari potest. Filiusf. re peculiari venditâ, summo jure non poterat liberari, nisi per contrarium ipsius & emptoris consensum: Propter æquitatem & utilitatem, placet Patris, in cujus est potestate, sufficere consensum, non ut directè, sed *obiter* liberetur, hoc est, ut diximus, per consequentiam. Elegantius id, *obiter*, à Pomponio dictum videtur, quam ut nos interpretati sumus: magis necessario, ad intellectum rei, quam quod satis Latinum sit, *per Consequentiam*. Argumentoque velim esse, *hanc* vocem, præter rem ipsam; ut credamus hunc versum non esse à Triboniano, à quo id aliter expressum fuisset; nec opus adeo Fabrianâ emendatione; pro *Obiter*, ut legamus, *ob id*. Denique, Nec novum est, ut pactum Patris, quod filio directe non prodest, indirectè ipsi applicetur; Nam Julianus scribit, si Pater filio paciscatur, exceptionem pacti filio non dari, de dolo exceptionem esse dandam, ut testis est Paulus *in d. l.* 21. §. 2. *d. Pact.* Molestus est Faber adhuc arcessitâ difficultate; filium utique invitum Pacto Patris non liberari, de quo nihil in textu. Existimo tamen istam liberationem, quæ in hoc casu filio, per contrarium Patris consensum, obiter applicatur, ignorantem quoque & invitum liberare, quia de præjudicio Patris agitur, & quia modus hic liberandi & recedendi à Venditione committitur *ipso jure* §. *Hoc amplius* 4. *I. Quib. mod. toll. obl. obl. l.* 3. *l.* 5. §. 1. *h. t.* Quod autem ipso jure fit, ab actu voluntatis non pendet, verum pro invito quoque fit cum effectu *pr. I. Quib. mod. toll. obl. l.* 23. *d. Solution.* Etenim liberatio, quæ obligationem ipso jure tollit, pro parte fieri non potest, ut contra Aristonem Celsus hic defendit recte. Nisi quod Aristo de Pacto locutus est, forte de tali specie, qualis est *in l.* 56. *d. Pactis:* Si convenerit, *ne dominus à colono quid peteret*, colonus pacto liberatur; quia pacta sunt facti, non juris, ideoque personarum terminos nullo modo egrediuntur *l.* 27. § 1. *d. t. de Pact.* Quid heic intersit, diximus. Contrarius consensus ipso jure operatur; & quatenus *obiter* fit, eundem tamen effectum, vi Patriæ potestatis, ipso jure liberandi filium consequitur.

Paulus Lib. 11. ad Edict.

Si id, quod pure emi: sub conditione rursus emam, nihil agitur posteriore emptione l. 7. in pr. d Rescind. Vend.

1. Brunnemannus *ad h. l.* Nescio, an non subtilis magis, quàm utilis sit hæc lex. Nam si prius purè emissem domum, cur non liceat ambobus à contractu puro discedere, & novum contractum facere? Et nemo postea conditionaliter emet, qui prius purè emit, nisi animum discedendi à primo Contractu habuerit. Ita *Brunnemannus*. Quid ita Paulus ineptè! Profecto, si posterior emptio novandi animo contracta sit, ut à priore contractu recedatur, nulla dubitandi ratio est, quin posterior utilis sit venditio. Sed ego cum Antonio Fabro

 putem,

putem, hujus loci hanc esse doctrinam, eamque verissimam; bis eandem rem ab iisdem emi, vendi non posse; posteriorem emptionem esse nullius momenti, quia quod meum est factum, vel ita mihi addictum, ut meum sit futurum, non potest iterum fieri meum, vel ita rursus addici, ut meum fieri debeat. Hoc ut in purâ venditione clarum est, ita nec aliter in conditionali se habet. Nam quod est meum pure, non potest sub conditone meum fieri. Novandi animus non præsumitur *l. ult. C. de Novat.* Non est igitur, ut verba *sub conditione* ἀξιωτικῶς inferant hoc loco, & oppositionem cum purâ, quasi hæc à regula excluderetur. Id tantum vult Paulus; Secunda emptio venditio inter easdem personas, non tollit priorem venditionem, ut contrarius consensus eam tollit; sed res in primâ emptione Venditione subsistit: nisi aliunde constet, id actum fuisse, ut à priore contractu recederetur, quod præsumi non posse natura novationis indicat.

Scævola Lib. IV. Digestor.

Fundus, qui Lucii Titii erat, ob vectigale reipublicæ veniit. Sed cum Lucius Titius debitor professus esset, paratum se esse vectigal exsolvere solidum, cum minore venisset fundus, quam debita summa esset; præses provinciæ rescidit venditionem, eumque restitui jussit Lucio Titio. Quæsitum est, an post sententiam præsidis, antequam restitueretur; in bonis Lucii Titii fundus emptus esset. Respondit: non prius, quàm emptori pretium esset illatum: vel, si pretium nondum esset ab emptore solutum, in vectigal satisfactum esset. L. 9. d. Rescind. Vend.

1. Autumnus: Cum rescissa sit, inquit, Venditio, & Præses provinciæ jusserit, fundum restitui Lucio Titio; male respondit Scævola, fundum in bonis Lucii Titii non prius esse, quam emptori pretium sit illatum Nam jus quæsitum est ex sententiâ, licet ob vectigal obligatum sit, eoque jure nos uti nemo ambigit. Decreto Lutetiano ita definitum est, ut ait Choppin. *lib.* 3. *tit.* 4. *n.* 16. de Legibus Andium, idem est sancitum *Constit. Molin.* 1566. *art.* 53. Hæc Autumnus.

2. In contrarium vergit Groenewegii Censura, non rescindendam esse venditionem Fiscalem, etsi dominus ex post facto debitum, propter quod fundus erat venditus, obtulerit; quia non potest emptori jus quæsitum auferri, idque moribus ita servari testatur. Autumni censuræ prius satisfaciendum. In bonis esse quid sit, primo definiamus. Modestinus; *Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus l.* 52. *d. A. R. D.* Emptor, qui rem emit à Procuratore Fisci, habet actionem ad rem petendam, & sic est in ejus bonis. Rescissio Venditionis à Præside facta non tribuit actionem priori domino, nisi pretium emptori restituat, vel, si hic nondum solverit, vectigal pro quo venditum erat prædium, Fisco sit præstitum. Quid hac in re carpit Autumnus? Decretum Præsidis ad rescindendam venditionem effectum ut habeat, antequam dominus fundi præstiterit hoc, propter quod Præses rescissionem decreverat? Non habet rationem,

nem, ne Emptor quidem actionem empti habet, antequam pretium solverit, aut realiter obtulerit *l. 13. §. 8. d. Act. empt.* Ideoque nec prius in ejus bonis res est *d. l. 52.* Cur magis in bona prioris domini res vendita redibit, antequam reddiderit pretium, vel decreto Præsidis satisfecerit? Hæc igitur Censura non valet. Justior est Groenewegii ratio Censoria: Quando nec ipso jure civili, venditio facta solenniter & bonâ fide, ob reliqua tributorum aut vectigalium, convelli aut retractari potest *l. 2. C. Si propt. pensit. publ.* nisi per sordes aut gratiam facta sit *l. 3. C. Si advers. fisc. l. 3. C. Si vend pign. agatur. l. 3. C. de jur. fisc. l. 2. C. de fid. & jur. hastæ fisc.* Quomodo igitur Præses provinciæ rescindit venditionem nomine Fisci, in solutionem vectigalis factam? Numquid dicere licebit, Præsidem hic non jure venditionem rescidisse? An potius illam non fuisse factam solenniter & sub hastâ, vel minus bonâ fide, minorisque addictam fuisse ab Executore, per gratiam? Hoc sane ex eventu liquere videtur, eo, quod prior dominus totum vectigal, quod pluris est, quam pretium fundi venditi, solvere paratus fuit, indignitate projecti vilissimo pretio fundi sui motus. Quo sensu nihil aut censurâ dignum, aut moribus & rationi adversum in hac L. continetur.

Ulpianus Lib. XXVIII. ad Sabin.

Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum præstituit, nec intra diem admensum est. Effundere autem non statim poterit, prius quàm testando denunciet emptori: ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. Si tamen, cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius. Ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere. Sed ita demum, si interfuit ejus, inania esse vasa, in quibus vinum fuit. Veluti, si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem, conduci vasa, nec reddi vinum, nisi, quanti conduxerit, ab emptore reddatur: aut vendere vinum bona fide; id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, ut quam minimè detrimento sit ea res emptori. Si doliare vinum emerit, nec de tradendo eo quicquam convenerit: id videri actum, ut evacuarentur, quum ad vendemiam opera eorum futura sit necessaria. Quod si non sint evacuata: faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere, & effundere. Veteres enim hoc propter mensuram suaserunt; si, quanta mensura esset, non appareat: videlicet, ut appareat, quantum emptori perierit. L. 1. §. 3. & 4. d. Peric. & Comm. rei vend.

1. Militaris & barbarus agendi modus; Effundere vinum, ideo quod emptor id, tempore placito, admensum non acceperit; cujus ipsum pudet JurisConsultum, quando mox addit, laudandum potius esse venditorem, si non effundat vinum: Reprehendendus hauddubiè, si effuderit: quod ut maximè summo jure ei liceat, per culpam emptoris, ut qui sibi imputare debeat, quod damnum, ex fide non servatâ, patitur, etiam præmonitus: ita nusquam verius est, *Summum jus, summa injuria.* Nec de eo plerique dubitant Interpretes, quin nullo

corbis intus laminâ vel corio textus certam mensuram contineat; ac identidem repletus, subductâ laminâ coriove, vinum per rimas emittat. Apparet, Ulpianum id agere seriò & πραγματικῶς, non ἱερατικῶς, ut quid Venditori adversus emptorem juris sit hac parte, tradat & præscribat. An autem adeo nequam est hoc præscriptum, ut nonnisi per λεξεῖαν, & prætextum ludentis ingenii excusari possit? Equidem nihil ejusmodi in hac definitione reperio. Si venditor Ulpiani consilio obsequatur, nihil erit in jure, vel æquitate, quod merito desideretur à parte venditoris. Manifestus est emptor procaciæ. Tenebatur idem, & venditoris intererat evidenter, ut ille diem admensioni præscriptum obiret; denuntiavit ei venditor, circumspexit occasionem alia conducendi dolia, vendendi vinum. Quid pro extremo remedio faceret? Satis constat, cum plenis spumat vindemia labris, sæpe fieri, ut vasorum satis ad excipiendum, quod ubertate insolitâ vinearum excuperat, non extet; ut parum absit, quin pro vase, quandoque vini quod satis ei sit explendo, dare parati sint Vindemiatores. Pone tali occasionis angustiâ emptorem insultare venditoris expectationi, nec ad diem adesse, vinum quo sibi admensum accipiat: Nihil omisit venditor, omnia circumspexit, nihil invenit, quo emptoris improbitati & contumaciæ morem gereret; quis eum peccare dicet, quod unicum, qui datur, exitum eligit & sequitur? Nec tamen id Juris auctores fieri patiuntur, statim ac emptor fidem suam in obeundâ die negligit. Volunt præcedere denuntiationem; neque tum effundendi licentiam tribuunt, nisi per summum jus, quod non laudant. Etsi enim emptor ut damno mulctetur, sit meritus; Venditori tamen effundere vinum, antequam omnia expertus sit, religio esse debet. Non possunt Venditori negare juris copiam post denuntiationem, Leges: quid tamen æquitas & honestas exigant, monere non cessant: In extremâ necessitate peremptoriaque emptoris contumacia, non negant copiam juris inevitabilis, nec causam habent negandi. Denique, ita vere demonstrant, quod alio sensu minus ad rem prædicat Gotofredus, inter JurisConsultum & Virum bonum, adde prudentem & cordatum, nihil interesse. Nec adeo ullum in hac re, justo Censori reprehensionis argumentum superesse palam est.

Paulus Lib XXXIII. ad Edict.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cujus periculum sit: Nam perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet. l. 8. d. Peric. & comm. rei vend.

1. Sententia Juris est certa, locisque innumeris extra dubium collocata; Si res vendita pereat; ante traditionem, casu fortuito, id emptoris esse damnum. Sic enim Justinianus: *Cum autem*, inquit, *Emptio & Venditio contracta sit (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit,) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.* §. 2. *I. de Empt. Vend.* Idem est in *l. 7. l. 8. h. t. l. 1. l. 4. L. pen. & ult. C. eod. l. 35. §. 4. d. Contrab. empt. l. 5. §. ult. d. Rescind. Vend.* & pluribus aliis *passim*. Hanc sententiam Viri

Tttt qui-

quidam graviſſimi & eruditiſſimi iniquam & ſummi juris ſummæque injuriæ eſſe putant, ſequuti Cujacium, qui auctorem ſe diverſæ opinionis præbuit *ad l.* 35.*d. Locati,tract. ad Afric.* 8. Hinc Juſtinianum & reliquos Juris Conſultos ſummum jus, non æquitatem ſequi ſcribit Borcholtenius *ad d.* §. 3. *Inſt.* Vultejus etiam *ad d. tit. Inſt. n.* 71. Summa Juris, *inquit*, regula periculum ante Traditionem Emptori adſcribit; in Inſtitutionibus; Æquitatem in Pandectas & in Codicem retuliſſe vult Imperatorem, adductis in eam rem aliquot textibus, à Cujacio prolatis & ab aliis abundè refutatis. Etiam Autumnus ita, in Cenſurâ Gallicâ *ad h. l.* Sed hujus inſtituti non eſt, omnes illos excutere locos, in quæſtione tralatitiâ, ab omnibus ad Inſtitutiones & Pandectas ventilatâ Interpretibus, adſertâque ſatis veritate Theſios hic collocatæ.

2. Sed quod iniquum ajunt eſſe, ut Emptor pro re nondum ſibi traditâ, quæ incendio, morte, vel inundatione periit, integrum tamen pretium ſolvere cogatur, qui rem in poteſtate non habuit, nec etiam dominus fuit; hoc ad Eunomiæ rationem pertinet. Ad quam cum varia proferri poſſunt, quæ ordine recenſet Vinnius *ad d.* §. 3. tum nihil forte ſpecioſius reponi poteſt; quam ex ipſo Jure Naturali, dominium à Traditione non pendere, ſed hoc ſolo conſenſu & declaratione voluntatum transferri, ut *in Prælect. ad* §. 40. *I. d. A. R. D.* & in *Tract. de Jur. in re & ad Rem. c.* 16. quod *eſt in lib.* 4. *Digreſſ. poſt. cap.* 1. demonſtravimus. Cum igitur fundamentum æquitatis in eo ponatur à diſſentientibus, quod emptor ferat periculum, antequam dominus fiat, hæc ratio ex ipſo jure Naturæ directè refellitur quod jus naturæ cum fons ſit æquitatis non poteſt quod ei conſentaneum videtur, iniquum Cenſeri. Etſi Jus Civile dominii transferendi momentum aliter definiverit, quo minus tamen in reliquis naturæ jus & rationem ſequeretur, quid prohibebat? Id profecto bene cedit, quod etiam Pragmatici æquitatis maximè tenaces, hanc ſententiam probant, ut Groenewegius ad *h. l.* teſtatur. Nec admittendum eſſe, quod Vir Cl: Paulus Voetius *ad d.* §. 3. *Inſt. n.* 3. ſcribit, ex Wiſſembachio, de contrario Friſiorum uſu, monuimus in *Prælect. ad h. tit. n.* 4. ubi plura ad hanc rem, & ad *Tit Inſt. de Empt. Vend. d.* §. 3.

Papinianus Lib. XXVII. Quæſtionum.

Si quid emptor contrà, quàm legei venditionis cautum eſt, feciſſet, aut non feciſſet: nobis aliquando placebat, non aliàs ex vendito, propter pœnam homini irrogatam agi poſſe, quàm ſi pecuniæ ratione, venditoris intereſſet, veluti, quia pœnam promiſiſſet: ceterum, viro bono non convenire credere, venditoris intereſſe, quòd animo ſævientis ſatis factum non fuiſſet. Sed in contrarium me vocat Sabini ſententia; qui utiliter agi ideo arbitratus eſt, quoniam hoc minoris homo veniſſe videatur. l. 6. §. 1. *d. Serv. export.*

Idem

Idem Lib. xx. Quæstion.

21. *Servus ea lege veniit, ne in Italia esset. Quod si aliter factum esset: convenit citra stipulationem, ut pœnam præstaret emptor. Vix est, ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit: acturus utiliter, si, non servata lege, in pœnam, quam alii promisit, inciderit. Huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii præstare cogitur. Quidquid enim excedit, pœna, non rei persecutio est. Quòd si, ne pœnæ causa exportaretur, convenerit: etiam affectionis ratione rectè agetur. Nec videntur hæc inter se contraria esse: cùm beneficio adfici hominem, intersit hominis. Enimvero pœnæ non irrogatæ indignatio solam duritiam continet. L. 7. in pr. d serv. export.*

1. Duplex in hæc loca Censura fertur, In Papinianum una, in Justinianum, vel Tribonianum altera. Papinianus inconstantiæ arguitur, quod in eodem opere Quæstionum, mutaverit sententiam prius publicatam, sicut est in *l. 7. in pr. h. t.* desumpta ex libro xx. Quæstionum, & retractatio ejus est in *l. 6. §. 1.* quæ desumpta est ex *l.* 27. ejusdem operis Quæstionum. Nos adhuc equidem ita libenter usi sumus, ut eosdem in Pandectis Juris Consultos sibi esse adversatos, fateri necesse non habuerimus, quod hic in eodem opere factum esse, negari non possit. In Triboniano autem & Compilatoribus, quæ potest esse major socordia, quam primo retractationem Papiniani collocare; mox eandam sententiam è continenti superius improbatam, *in l. sequ.* referre πραγματικῶς & inculcare quasi validam & vim habituram.

2. Utramque censuram evadere licebit, si cum Accursio, diversas non oppositas in utràque lege sententias contineri dicamus, quod & Bekmannus comment. *ad h. t. & has ll.* arbitratur, allegans etiam verba *l. 7. non videntur hæc inter se contraria esse.* Quasi illa Papinianus ad aliam oppositionem non referret. Apparet, hoc quæri, An, si servus sit venditus, sub conditione pœnali, *ne in Italia esset:* ac eveniat, ut pactum ab emptore non servetur; venditor actionem habeat. Negat Papinianus in *l. 7. h. t.* sub hac tamen limitatione, nisi pecuniariè venditoris intersit, ut si ipse pœnam alii promiserit; *in casum,* si servus iste in Italiâ foret. Extra quàm, vindicta & indignatio non dat ipsi actionem in servum. Tametsi è contrario pacto, ne servus extra Italiam deportetur, actio detur, cum alia sit beneficii, alia vindictæ ratio; Hæc scilicet pugnare negat Papinianus. Deinde Sabini libros legens animadvertit idem, male se negasse, è pacto conditionali, ne servus in Italia sit, actionem dandam, neque rectè limitationem addidisse; nisi pecuniariè Venditoris intersit; Quoniam tale pactum semper habet ejus quod interest rationem pecuniariam; & quod nemo talem servum, nisi minore pretio, propter illam conditionem & imminutam facultatem utendi prolubitu, servo, empturus sit. Unde corruit Accursii conciliatio inter *l. 6. §. 1. & l. 7.* quasi prior de casu, quo emptoris interest pecuniariè, posterior textus, de casu, quo non interest pecuniarie, sit accipiendus. Plana res est, Ulpianum in *lib.* 20. *Quæst. lege* 7. putasse, non dandam regulariter è tali pacto actionem. In *l.* 27. sive *l.* 6. §. 1. reputasse, nihil obstare,

Tttt 2 quo-

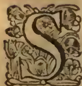
quominus actio semper è tali pacto dari possit. Ac ita mutasse opinionem, quod ipse apertè profitetur.

3. Jam quod ad Censuram in Papinianum attinet, tantum abest à reprehensione, potius ut laudi tribuenda sit ejus ingenuitas. Ita Cujacius *l. 2. Obs. c. 37. in fin. Utinam qui hoc tempore jus nostrum interpretantur*, inquit, *Papinianum imitati, quæ vel falso, vel ineptè aliquando & senserint, ingenuè RETRACTARENT, nec in iis, contra quàm postea resciverint, tam obstinato tamque obfirmato animo, uti faciunt, perseverarent!* Antonius Faber, *Non puduit*, inquit, *tantum Virum, nec minus orbis totius, quam Juris prudentiæ nostræ miraculum, variare, ut mutaret sententiam in melius, quod & Volusio Maciano video accidisse in l. divi fratres 17. d. Jur. Patron.* & Scævolæ *in l. 23. §. Si quis duobus d. A. R. D.* Qua de re Cujac. *in lib 4. obs. c. 1.* Addam & ego, Utinam, similis candor inesset seculi nostri eruditis, ut, si Papinianum imitari non sustinerent, quod nimis procul habent, eruditos alios religioni non ducentes ἀναιρεῖν τὰ οἰκεῖα; veritatis causâ sua dicta retractare, non insectarentur! Sed de Triboniano quid dicemus? Quod Faber *ad l. 7. Non erat necesse*, inquit, *ut hæc lex superiori subjiceretur, nisi ut ea ipsa extaret Papiniani sententia, quæ in* §. 1. legis præcedentis *ab ipso Papiniano relata & improbata fuit.* Ut melius constaret, quid hoc esset, quod tanti Vir judicii & accurationis aliquando errasset, aut minus perspexisset, & quod ab alio se didicisse melius, ingenuè confessus erat. Sive autem hoc priori sententiæ subjectum, sive ante relatum fuisset, tanti non interest, ut censuræ materiam, vel causam præbere queat, objiciendi quod objectum Triboniano in *tit. Inst. de Servit.* ubi, cum de Servitutibus rusticis egisset *in pr.* de Urbanis agit *in* §. 1. ac iterum de rusticis *in* §. 3. quasi cum id scriberet, temetum bibisset. Denique, nec tanti is ordo verborum habendus videtur, ut propterea negemus, opinionem suam mutasse Papinianum, quam rationem præfert Bechmannus *loco citato*. Sic frustra *legi* 6. subjecta fuisset, *inquit*, *l.* 7. si jam tum aliam Sabini sententiam amplexus fuisset Papinianus. Lex VII. debuisset præcedere, & sic demum vera Papiniani sententia, quæ est *in l. 6.* subjici debuisset. Hæc ille. Quid vetabat, *inquam ego*, relatâ Papiniani decretoriâ opinione, priorem ejus sententiam proponere, ut Lector utramque compararet? Nihil hic reprehensione dignum.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD LIBRUM XIX. PANDECTARUM, VINDICIÆ.

Pomponius Lib. IX. ad Sabin.



I emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, & ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem. Quia & qui fundum dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur: nec tamen fructuum præstatio ea stipulatione continetur. Neque rursus plus debet esse in stipulatione: sed ex empto superesse ad fructuum præstationem. L. 3. §. 1. d. Action. empt.

1. Quia stipulationes contractibus ita adjiciebantur, ut unum esset negotium verbis stipulationis conclusum, uti loquitur Papinianus in *l. 8. d. Præscr. verb. l. 46. §. 1. d. V. O.* quâ de re latius actum ad *l. 71. in pr. Pro soc.* justa videtur esse Groenewegii & Autumni censura; in *hanc L.* ubi Pomponius ex stipulatione vacuæ Traditionis, adjecta Emptioni Venditioni, fructus peti posse negat, qui ex empto actione petendi sint; non modo quod hæc argutia ad superstitionem Veterum in formulis actionum respiciat: verùm etiam, quod stipulatio illa revera non discrepet ab Emptione Venditione; denique, propterea, quod ipsa verba, *possessionem vacuam tradi*, fructus etiam complecti videantur, ex sententiâ Papiniani *in l. 4. d. Usur.* Verba hæc sunt; *Si stipulatus sis, rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos, actione incerti ex stipulatu, propter inferiora verba, consecuturum te ratio suadet.* Quid enim vacua possessio possit, nisi fructus percipere liceat? & quomodo, si fructus ab alio percipiendi sint, vacua possessio translata dici queat? *Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum hæc stipulatio continebit, sed causam bonorum,* ait Ul-

 pianus

pianus *in l.* 52. §. 1. *d. V. O.* Atqui in causa bonorum fructus maximè continentur *l.* 49. *d. V. S. l.* 20. *d. R. Vind. Imo in possessione traditâ, hoc solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi l.* 11. §. 21. *h. t.*

2. Sic est Censura: Responsio est, videri Pomponium & Papinianum dissensisse, quod & Cujacius & Ant. Faber *hic* sentiunt, nec ego quod contradicam, habeo; nec est ea res instituti præsentis. Pomponii sententia per se considerata, suam rationem præfert: quod Stipulatio stricti juris sit, nec plus contineat, quàm verba præ se ferant. Vacua possessio emptori promissa: tribuit jus, ne alius rem venditam naturaliter aut civiliter possideat *l.* 2. §. 1. *h. t.* fructuum petitio inde separata est, ad quam actio Empti, quæ bonæ fidei est, facilius extendi potest. Objectio à formularum superstitione non magis vitio verti potest, quam alia innumera, quæ veteribus usitata nunc ignorantur. Argumentum ex *l.* 8. *Præscr. Verb.* & *d. l.* 46. *d. V. O.* refelli potest ex iis, quæ ad *l.* 71. *Pro Socio* disputavimus; Stipulationes adjectas aliquando facere novationem contractuum, quibus subjiciuntur, aliquando relinquere Contractus principales integros, ad actionem efficaces, ut hic usu venisse videmus. Idque tanto facilius, quod hæc Stipulatio non fuerit adæquata Contractui, ut est ea, quæ in *d. l.* 71. traditur, in quam tota conventio transfusa fuit. Sed hæc ad contractus, cui adjicitur, executionem pertinet; quæ nec continere potuit totum contractus argumentum: Nec idcirco unitatem cum illo, vel novationem efficere potuisset.

Pomponius Lib. x. ad Sabin.

Fundum mibi cùm venderes, deducto usufructu, dixisti, eum usumfructum Titii esse, cum is apud te remansurus esset. Si cœperis eum usum fructum vindicare, reverti adversus te non potero; donec Titius vivat; nec in ea causa esse cœperit, ut, etiam si ejus usufructus esset, amissurus eum fuerit. Nam tunc (id est, si capite diminutus, vel mortuus fuerit Titius) reverti potero ad te venditorem. Idemque juris est, si dicas eum usumfructum Titii esse, cum sit Seji. L. 7. *d. Action. Empt.*

1. Notatus ab Autumno locus & impugnatus obscure & detortè. Nihil speciosius contrà est, quam Mendacium semper habere dolum annexum, nec esse impunitum in Jure *l. ult. d. R. Vind. l.* 41. *in fin. de Pign. act. Auth. Item possessor C. Qui pot. in pign.* & alibi. Accedit Juliani in contrarium, ut videtur, auctoritas *in l.* 39. §. *ult. d. Evict. Qui servum venditum tradit, & dicit, usumfructum in eo Seji esse, cum ad Sempronium pertineat. Sempronio usumfructum petente, perinde tenetur, ac si in tradendo dixisset, ususfructus nomine adversus Sejum non teneri. At si re vera Seji ususfructus fuerit; legatus autem ita, ut, cum ad Sejum pertinere desisset, Sempronii esset; Sempronio usumfructum petente, tenebitur: Sejo agente, rectè defugiet.* Responsio ad priorem objectionem est: Mendacium puniri, quoties alius per illud in fraudem & damnum adductus est, ut è locis suprascriptis apparet; Nec empti actio aliter, quam si interfit emptoris, datur

datur *l.* 1. §. 1. *& poss. h. t.* Atqui per hoc Mendacium nihil damni infertur, aut lucri intercipitur emptori. Cum perinde fit ipsi, cui fundus est venditus, deducto usufructu; sit ne venditoris vel Seji ususfructus, an Titii; sic tamen, ut si casus existat, quo in persona Titii ususfructus extingueretur, ab eo tempore Venditor teneatur.

2. Ad *l.* 39. §. *ult. d. Evict.* minus expedita responsio est. Quid si ita? Servus *ibi* non est venditus, *deducto usufructu*, ut in hac *l.* 7. Illic simpliciter est venditus: Ideoque naturaliter integrum servum una cum usufructu venditum esse dicemus *l.* 19. *d. Usufr. leg.* Dixit tantum Venditor, Sejo usumfructum esse in servo. Quod si verum est, non habet, de quo emptor conqueratur. Si hoc verum non est, cum servus simpliciter sit venditus, non cogitur is acquiescere, si ususfructus ad alium pertineat. Ac ideo si vindicetur ususfructus à Sempronio, Emptor sic aget adversus Venditorem. Tu mihi servum vendidisti simpliciter, Excepisti saltem; Usumfructum esse Seji: Nisi hoc ita sit, ego servum emi totum. Atqui non est ususfructus Seji. De Sempronio autem nihil est dictum, ideoque de illo non teneor pacto. Quemadmodum si primo Seji, dein Sempronii futurus sit, quatenus à Sejo vindicabitur, ego te non conveniam; sed quam primum Sempronius Usumfructum sibi vindicabit tu mihi teneberis, in id quod interest mea, servum mihi non integrum esse traditum, extra quam si ususfructus ad Sejum spectabit. In istâ igitur *l.* 39. §. *ult.* fundamentum ejus quod interest, ab emptore demonstrari potest; secus ac usu venit in *hac l.* 7.

Ulpianus Lib. xxxii. ad Edict.

Idem Julianus, dolum solere à venditore præstari, etiam in hujusmodi specie ostendit. Si cum venditor sciret, fundum pluribus municipiis legata debere; in tabulâ quidem conscripserit, uni municipio deberi, verum postea legem consignaverit, si qua tributorum, aut vectigalis, indictionisve quid nomine, aut ad viæ collationem præstare oportet, id emptorem dare facere, præstareque oportere: ex empto eum teneri, quasi decepisset emptorem. Quæ sententia vera est. L. 13. §. 6. *d. Action. Empt.*

1. Probabilis est Emendatio Cujacii, pro *legata*, legentis *vectigalia*, è Græcis Basilicis 5. *obs. ult.* magis enim consentaneum est, fundum vectigalia, quam legata, quod nonnisi improprie dici posset, debere municipiis. Quod *si vectigalia legas*, ait Autumnus, laudante Groenewegio, *hunc* §. *abrogandum censeo*, ut rationi contrarium: *quia emptor sciebat* aut scire poterat *ea, quæ debebantur*, nec ideo deceptus est, contra quam Ulpianus & Julianus adfirmant. Vectigalium generalem esse adjectionem, ex cujus reticentia venditor non teneatur, secus ac in specialibus: cujusmodi sunt legata *l.* 39. *h. t.* Sed non bene Censor utitur argumento *d. l.* 39. ad refellendam Juliani sententiam. Primo enim, non est hic simplex reticentia, sed variatio fraudulenta ac insidiosa, cujus usus hodieque notabilis, & perfecte cum usu Romano conveniens est. Moris

ris est, & fuit, ut res soli venales primo in programmate cum suis qualitatibus proscribantur. In hoc posuit Venditor, fundum uni tantum municipio debere vectigal, cum pluribus ad vectigalia municipiis sit obligatus: dein apud actum Venditionis ipsius, quo plerumque magnus est hominum concursus, ut difficulter exaudiantur ea quæ prælecta sunt, articulos plures recitavit, in quibus ita scriptum est; Quicquid tributi, vectigalis, indictionis, aut viarum causâ fundum præstare oporteret, ad hoc præstandum, emptorem obligatum fore. Quis non videt, hanc esse fraudem ad emptorem intricandum comparatam? Si nihil ab initio dictum esset, alia res foret; aut si fundus modo sit venditus, *cum suis juribus ac oneribus*, nec emptoris circumveniendi causâ factum esse quicquam argui posset: Tunc enim emptor sibi quod imputaret, habere videretur. Planè de Tributi adjectione textus est specialis in *l.* 21. §. 1. *h. t.* Eum qui sciens reticuit, teneri; Ignorantem venditorem non teneri.

Ulpianus Lib. XXXII. ad Edict.

Si Titius fundum, in quo nonaginta jugera erant, vendiderit, & in lege emptionis dictum est, in fundo centum esse jugera, &, antequàm modus manifestetur, decem jugera alluvione adcreverint: placet mihi Neratii sententia existimantis, ut si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat adversus eum, quamvis decem jugera adcreverint, quia dolo fecit, nec dolus purgatur: si verò ignorans vendidit, ex empto actionem non competere. L. 13. §. 14. *d. Action. Empt.*

1. Autumnus Groenewegio laudatus. *Hanc pristinam observationem immutandam esse censeo*, inquit, ex *sententiâ Scævolæ*, qui in *l. si emptione* 10. §. 1. *d. Peric. & Comm. rei vend. notat, fundi nomine, emptorem agere non posse, cum prius quam mensura fieret, inundatione aquarum, aut Chasmate aliòve quo casu pars fundi interierit.* Ad hunc quidem Textum non difficilis est responsio. Multum interesse, pars fundi post venditionem perierit, an venditus sit tanto minor, quam est reverâ. Priore casu periculum ad emptorem pertinet, ex communi de periculo rei venditæ doctrinâ *l.* 8. *d. Peric. & comm. rei vend.* Posteriore casu, mensura minor venditori decedat oportet, si quidem emptor nonnisi de eo quod tempore venditionis extitit, teneri potest *d. l.* 8. ut tamen si minorem modum ignoraverit, superveniente lucro alluvionis, ex æquitate sublevetur, cujus æquitatis ratio, scienti & doli conscientiam habenti merito non prodest. *h.* §. 14. Objicit aliam rationem Autumnus: Cum periculum ante mensuram ad Venditorem pertineat, Etiam commodum ad eundem spectare debet. Eandem movet rationem Anton. Faber eamque probat *ex l.* 35. §. 5. *d. Contrah. empt.* ubi Sabinus & Cassius, referente Ulpiano, docent, Emptionem Venditionem non perfici, neque periculum transire, nisi cum res admensæ, adpensæ, adnumeratæve sunt: quia Venditio quasi *sub hac conditione* videretur fieri. Atqui in *hujus* §. casu, decem jugera per alluvionem accreverunt, *antequam minor fundi modus manifestaretur*. Ideoque commodum non minus, quam periculum

ad

ad venditorem seu scientem sive ignorantem, cum *in d. l.* 35. §. 5. non distinguatur, attinere oportet. Sed verissimum est, sententiam *d. l.* 35. §. 5. habere locum duntaxat in rebus, quæ pondere, numero, mensurâ constant, ut oleo, vino, frumento, quod ipse textus indicat; in rebus soli nequaquam: Ideoque nihil hoc argumentum facit ad *hujus* §. Censuram, quæ nullo modo rationem illius & æquitatem infringit.

Ulpianus Lib. xxxii. ad Edict.

Idem Celsus libro eodem scribit. Fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti: &, antequam traderes, coactus es communi dividundo judicium accipere. Si socio fundus sit adjudicatus: quantum ob eam rem à Titio consecutus es, id tantum emptori præstabis. Quod si tibi fundus totus adjudicatus est: totum (inquit) eum emptori trades. Sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem Titio condemnatus es. Sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes: ob alteram autem, tantum de dolo malo repromittere. Æquum est enim, eandem esse condicionem emptoris, quæ futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. Sed si certis regionibus fundum inter te, & Titium judex divisit: sine dubio partem, quæ adjudicata est, emptori tradere debes L. 13. §. 17. *d. Action. empt.*

1. Autumnus & Groenewegius *hunc quoque* §. abrogandum censent, *quia sententia ejus iniquitatem habet*, ait ille: *Nam si cum Venditore agatur judicio communi dividundo, interpellandus est emptor, sine cujus consensu fundus socio adjudicari non potest*, idque Senatui Lutetiano placuisse scribit Autumnus *die* 13. *Martii, anno* 1553. Non potest negari, hoc habere summam rationem, ut cum omne periculum & commodum rei venditæ, ante traditionem, ad emptorem pertineat, divisionis judicium sine eo non peragatur. Nec tamen Censuræ cedendum videtur. Egimus hac de re, vel simili, *ad l.* 7. §. *ult. suprà Comm. divid.* Et probavimus, divisionis judicium in rem conceptum, dari adversus præsentem possessorem, etiam contra Creditorem jure pignoris possidentem, neque hunc ad denuntiandum domino teneri. Quanto magis cum Venditore, qui adhuc est dominus, hoc judicium suscipi & peragi poterit, ut Emptorem eventu contentum esse oporteat, in quo Dominus ipse rei pignoratæ acquiescere debet? Adde quæ dicta sunt *ad d. l.* 7. §. *ult.* & huic Censuræ satisfactum videbis.

Ulpianus Lib. xxxii. ad Edict. & Pomponius Lib. xxxi. ad Quintum Mucium.

Lines, & labra, salientes, fistulæ quoque, quæ salientibus junguntur, quamvis longe excurrant, extra ædificium, ædium sunt; Item canales. Pisces autem, qui sunt in piscina, non sunt ædium, nec fundi. Non magis, quàm pulli, aut cetera animalia, quæ in fundo sunt. L. 15. & *l.* 16. *d. Action. Empt.*

 1. Qui

1. Qui non viderunt, *lines* idem esse quod λῖνες & λινοὶ hoc est, *lacus*, sive aquarum receptacula, Lectionem Florentinam Variè corruperunt, legendo *limes*, *fines*, *funes*. Hoc obiter observare licet quo nihil crebrius ocurrit, Græcum η, in vocibus è Græcismo in Latium transscriptis, semper exprimi per, i. longum; quod & hodierni Græci servant; cum plerique græce docti ᾽ η, quasi E longum pronuntient. Censura Autumni hæc est, „Labeo generaliter „scribit, ea quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse. *l. fundi. eo-* „*dem.* at cum pisces qui sunt in piscina perpetui usus causa parentur, fundi „sunt. Idem Ulpianus ait, pictas tabulas, quæ protectorio inducuntur, item „crustas marmoreas ædium esse, quæ pascunt oculos. Pisces igitur, qui cor„pus alunt, magis piscinæ erunt, quam pali, vineæ, & pictæ tabulæ, aut „plutei ædium. Rationem differentiæ addit Cujacius, quoniam pisces non „parantur ædium, aut fundi, sed patrisfamilias causa: Sed cum utriusque cau„sa parentur, optimo Jure usus improbavit *hunc* §. Balduinus communem hunc „Francorum morem esse narrat, ut piscinæ, vivaria, columbaria, quæque „in iis continentur animalia, fundi partes censeantur, rebusque immobilibus „adnumerentur, *in* §. *iis autem. Institut. de rerum divisione.* vide Chop„pinum de Jurisdictione Andegavensi *lib.* 1. *cap.* 12. in margine. Groenewegius distinguendum putat; Pisces, *qui custodiæ causâ sunt in piscinâ, nostratibus* een houwer / *non sunt ædium, nec fundi. Aliud est, si pisces non in piscina, sed in stagno, aut vivario sunt, ut crescant & multiplicentur: tunc enim pars fundi sunt, ac ita utimur,* adductis pluribus συμψήφοις. Eandem distinctionem probat Brunnemannus ex aliis Auctoribus & usu, ut volunt, *ad hanc l.* 15.

2. Non est dubium, quin Ulpianus hic per piscinas ipsa vivaria intelligat, in quibus pisces natant & multiplicantur, ut plerumque vocabulum sumitur. Hos pisces negant JCti, emptorem fundi vel ædium sequi, eò quod propter ædes aut fundum non habentur, sed Patrisfamilias causâ *l.* 14. *in fin. h. t.* Quæ sententia manifestam habet rationem: Nisi forte fundi vel ædium fructus etiam in reditu piscinæ consistant *arg. l.* 44. *d. R. Vind.* Extra quem casum, ita non credo Pragmaticis, ut in contradictorio non ausim Venditori pisces auferenti Legis & Rationis præsidio patrocinari.

Paulus Lib. xxxiii. ad Edict.

Quamvis suprà diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse: tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt. L. 21. §. 2. *d. Action. empt.*

1. Ad *l.* 14. *d. Contrab. Empt. n.* 2. *in fin.* condiximus examen hujus loci. Propter errorem in materiâ totalem, Emptionem Venditionem esse ipso jure nullam, docet *d. lex* 14. eâque de re tum plenius actum. Hic mensa pro citreâ vendita est, quæ non est citrea, & sic error fuit in materia, quæ venditionem facere debet nul-

nullam: Esse tamen emptionem Paulus adfirmat; ut Florentiæ legitur. Sed Haloander mutavit, ac edidit, *Emptionem non esse*, quod laudat Cujacius 2. *obs.* 5. Anton. Augustinus *in lib.* 4. *c.* 17. Hotom. *ad tit. de Act. empt.* Connan. 7. *Comm.* 6. Molin. *de eo quod inter. n.* 36. & Faber Rational. *ad h. l.* Tanto eruditorum globo se opponit Autumnus *ad h. l.* Primum ejus argumentum est, quod Paulus ait, suprà se dixisse idem quod hic ait. Ubi? Nusquam, ait Cujacius; nec enim è Paulo talequicquam habuimus *suprà*. Triboniano igitur non jam Faber, sed Cujacius adscribit hæc verba; *Quamvis suprà diximus*, ut referantur *ad l.* 9. *& l.* 24. *d. Contrab. empt.* Ast ego, inquit, Autumnus, Paulum *suprà dixisse* puto quod hic habetur in Florentino; Cum dissentimus in qualitate, *Emptionem esse*. Nam *in l.* 10. *d. Contrab. empt.* ait, *Aliter atque si aurum quidem fuerit; deterius autem quam emptor existimaret, tunc enim emptio est.* Sed hæc verba *l.* 13. non sunt ex eodem opere, unde locus hic propositus est descriptus. Hic enim est, ut videmus *ex libris ad Edictum*. Lex 10. è libris ad Sabinum. Quo modo igitur Paulus referre se potuit hoc loco, per verbum *supra*, ad opus plane diversum? Vel an dicet Autumnus, eum vidisse Pandectas tribus postea seculis, à Triboniano digestas? Verbum igitur *supra* non favet huic responsioni. Melior est Autumni ratio ad rem ipsam. *De errore qualitatis in hoc* §. quamvis, *est quæstio, ut apparet ex verbis ejus: de materiâ, ut putat Cujacius, ne verbum quidem. Longe distat error qualitatis ab errore materiæ.* Imo *qualitas*, ait Cujacius, *pro materiâ accipitur in* §. quamvis, *ut ex proposito exemplo, de eo, qui emens alterius materiæ mensas, emere se citreas putavit, satis ut arbitror, liquet.* Autumnus: Dicit Paulus, *si mensas quasi citreas emit, quæ non sunt*, videlicet, *quasi citreæ*, ut putavit. *Nam quasi est adverbium similitudinis, ita, ut, tanquam, Gallicè, comme. Plautus in Pseud. Quæque quasi per nebulam scimus: Idem, quasi cancer, & quasi ferrum sonat. Si mensas magnâ ex parte citreas emit, quæ aliquid citri tantum habent, plane, ut apud Ulpianum l.* 14. *d. Contrab. empt. Si coheredes, inquit, viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredum vendidissent, eaque inventa esset magnâ ex parte ænea, venditionem esse constat. Idem*, pergit Autumnus, *si citreas mensas pro cupressinis aut aliis vendidisset, non valeret venditio, sed quia mensæ aliquid citri habent, tenetur venditor, quanti interest.* Hæc Autumnus qui nescio quid è τῷ *quasi* argutatur. Nam: Τὸ Quasi plerumque vel fictionem vel improprietatem indicare, Brissonius in *Quasi*, latè demonstrat. Aliquando tamen & veritatem, ut *Quasi tutor in l.* 1. §. 5. *d. Eo qui pro Tut.* Est etiam ubi pro *fere*, *circiter* accipitur, ut *Hora quasi septimâ, quasi nonâ, Cicero, & Sueton. in Calig. Quasi talenta quindecim*, Terent. *in Heautont.* Quæ significatio ad Autumni mentem magis congrueret. Sed in hoc loco, pro *tanquam* manifestò ponitur. Magis ad rem pertinet, quod error in *materiâ*; & in *qualitate* opponuntur in *l.* 14. *d. Contrab. empt.* Quid opus igitur, statuere quod vult Cujacius, Qualitatem & materiam esse idem in *hoc* §. *quamvis*? Cur non ita? Consensisse partes in materiâ, putavit enim uterque esse è ligno mensam: Erraruut in qualitate ligni & in pretiositate, Talis autem error non reddit nullam venditionem: sed locum in id quod interest actioni facit *d. l.* 9. *in fin. &* 10. *& l.* 14. *d. Contrab. empt.* Ita quominus bene fit apud Florentiam, nihil obstare videtur.

 Pau-

Paulus Lib. 11.

Si duorum fundorum venditor separatim de modo cujusque pronuntiaverit, & ita utrumque uno pretio tradiderit, & alteri aliquid desit: quamvis in altero exsuperet: forte si dixit, unum centum jugera, alterum ducenta habere: non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint. Et de his ita apud Labeonem relatum est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari. Utique si exiguus modus fundi desit: & plus in vineis habeat, quàm repromissum est. An non facit dolo, qui jure perpetuo utitur? nec enim hic, quod amplius in modo invenitur, quàm alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet. Et tunc tenetur venditor, cum minor modus invenitur. Videamus tamen, ne nulla querela sit emptoris in eodem fundo, si plus inveniat in vinea, quàm in prato, cum universus modus constat. Similis quæstio esse potest ei, quæ in duobus fundis agitata est, & si quis duos statuliberos uno pretio vendat: & dicat, unum decem dare jussum, qui quindecim dare debebat. Nam & hic tenebitur ex empto actione: quamvis emptor à duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est; in omnibus supra scriptis casibus, lucrum cum damno compensari: &, si quid deest emptori, sive pro modo, sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri. L.42.d. Act. empt.

2. Negat æquitatem huic legi constare Censor Autumnus, & Antonius Faber ultimum versum, *sed rectius est*, à Triboniano putat esse adjectum. Nec enim versimile esse, Paulum à sua & Labeonis sententia tam abrupte descivisse. Autumnus idem abrogandam judicat hanc conclusionem, quod Emptor professionem venditoris in una parte defectam, per id quod superat in altera parte, compensare debeat, & querelam ac repetitionem amittat nec moribus hodiernis, quæ ad æquitatem vergant, id esse consentaneum. Rationes ejus nihil habent singulare; bonæ fidei convenire, ut pacto stetur, & alia, quæ nemo neget. Magis mirari licet hominum varietatem judiciorum; quo dictamen ipsius Æquitatis, quod in hujus conclusione loci relucet, iniquitatis accusant. Nonne Strictum jus est, captare verba? Nonne cum separatim venditor de modo fundorum simul venditorum pronuntiavit, quod minus est in uno, captare velit, emptor suo commodo, & quod plus est in altero, pariter lucrari, captio inquam est? Imo jus perpetuum, id est, commune, quod perpetuo rigore verborum omnes æqualiter constringit, vel quod ex Edicto *perpetuo*, competit, temperandum est æquitate, quæ dictat compensationem. Nec adversatur *l.22. h. t. Si in qualitate fundi venditor mentitus sit, non in modo ejus: tamen tenetur emptori. Pone enim dixisse eum, quinquaginta jugera esse vineæ, & quinquaginta prati, & in prato plus inveniri, esse tamen omnia centum jugera.* Nam ibi ratione qualitatis interest Emptoris, eo quod pluris sit vinea, quam pratum, quod ei præstandum esse vult æquitas, & natura compensationis, quæ non habet locum in diversæ rebus æstimationis, atque ita hic ipse textus in *extimo versiculo*. Qui nec in verbis, nec in argumento quicquam habet indignum Paulo, nec abhorrens à superioribus *in eadem* disputatione, quoniam hac inter

ter stricti juris rationem & æquitatem fluctuante, ultimo loco ejicitur anchora, in qua subsistit & acquiescit, minimè ἀκροθιναίως, & præter opinionem.

Africanus Lib. VIII. Quæstionum.

Cum & forte idem mediocrium facultatum sit, & non ultra duplum, periculum subire eum oporteat, l. 44. d. Action. Empt.

Etsi verba hujus textus è sententiâ legis 43. *præcedentis & sequentis*, quas non attingimus, pendeant, nihil opus tamen hic est, ad illas digredi. Censura enim sine illis intelligi potest; si modo teneamus, agi hic de præstatione venditoris, si emptor, Arescusâ venditâ, secundum legem venditionis frui non possit: Hanc præstationem non posse duplum excedere, ait Africanus. Unde hoc, opponit Giphanius ad *tit. C. de Evict. p. 466*; cum illud jus, quod venditor ultra duplum non teneatur, demum sit introductum jure novo in *l. un. C. de Sent. quæ pro eo quod int. prof.* quam Legem Stephanus Forcatulus ab antiquis Jurisconsultis non magis intellectum iri scribit, si reviviscerent, quam Sphingem Thebanam, ut refert hic Wissembachius: Statuit autem *d. l. un.* id quod interest nunquam excedere posse duplum. Proinde sit hoc specimen vaticinatoriæ Triboniani Jurisprudentiæ, qui Pandectis inseruit, quod diu postea demum fuerat introductum vel erat introducendum. Sed hanc Giphanii Censuram non admittit Wissembachius noster in *Emblem. ad h. l. Nam*, inquit, *in usum Evictionis etiam tripli vel quadrupli conventio admittitur l. 56. in pr. l. 74. in pr. d. Eviction. l. 5. in pr. d. Jur. Fisc. Sicut in stipulatione Judicio Sisti, quæ in id quod interest concipitur, admissa est Conventio ultra duplum l. 4. §. ult. Si quis caut. jud. sist.* Hæc Wissembachius ad refellendum Giphanium, quæ directe, si quid judico, firmant ejus sententiam. Nam si olim Venditoris obligatio duplum excedere potuit; unde igitur Africanus hic negat, emptorem ultra duplum teneri non oportere? Rectius igitur ita dixeris. Emptores olim in id quod interest Empti actione tenebantur; aut ex stipulatu in duplum, quæ fuit ordinaria & adsidua stipulatio *l. 25. C. de Evict. l. 2. d. Evict. l. 31. §. 20. d. Ædil. Ed.* Quam etsi per expressam stipulationem egredi liceret quantitatem, *d. l. 56. & l. 74.* quoties tamen nihil erat expressum, Emptoris obligatio duplum non excedebat *d. l. 2. l. 31. § 20.* Talis autem fuit casus in *l. præced.* quo nihil super eo quod interesset expressum fuerat. Atque ideo non potuit aliter Africanus etiam pro juris antiqui ratione respondere quam quod sic scribit, non oportere Emptorem ultra duplum subire periculum. Quâ ratione labitur Censura Giphanii.

Paulus Lib. VI. Responsor.

Lucius Titius, accepta pecunia ad materias vendendas sub pœna certa, ita ut, si non integras repræstaverit intra statuta tempora, pœna conveniatur, partim datis materiis, decessit. Cum igitur testator in pœnam commiserit, neque heres ejus re-

liquam materiam exhibuerit: an & in pœnam, & in usuras conveniri possit? præsertim cum emptor mutuatus pecuniam, usuras gravissimas expendit? Paulus respondit. Ex contractu, de quo quæritur, etiam heredem venditoris in pœnam conveniri posse: in actione quoque ex empto, officio judicis, post moram intercedentem, usurarum pretii rationem haberi oportere. L. 47. d. Action. empt.

1. Groenewegius *ad h. l. Venditorem ejusve heredem & pœnam & mutuatæ pecuniæ usuras præstare, iniquum, ideoque & hanc L. abrogandam Censet Autumnus Confer. du droict. hic.* Facit *lex* 13. §. 26. *h. t. Ibidem Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto, venditori duplum præstaretur, in fraudem constitutionum videri adjectum, quod usuram legitimam excedit. Diversamque causam commissoriæ esse ait: cum ea specie (inquit) non fœnus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur.* Non valet pactum pœnale, quod majorem, quam lege permissum fit, usurarum præstationem inducat, quod in hac *l.* 47. utique enormiter fiat. Brunnemannus *ad h. l.* Argumentum hujus *inquit,* loci *iniquum putat Groenewegen, sed venditor* pergit, *usuras solvit ob usum pecuniæ & pœnam solvit, ob fractam fidem.* Verum an hoc etiam dici non posset in specie *d. l.* 13. §. 26? Sane ibi vertitur usus pecuniæ, & fides data, non servata. Melius Faber, ut videtur, esse distinguendum putat, inter factum promissum & pecuniam creditam. De hac usuræ quantitas est definita legibus: Factis autem usura non convenit, sed ab illis omnino separata est. Ideoque pœna conventionalis applicita facto, ut in hac *l.* 47. nihil habet commune cum eo quod interest, ratione pecuniæ, quod in contractu bonæ fidei est usura. Bene igitur Brunnemannus, Fabro junctus: Usuram præstari ratione pecuniæ, pro qua emptor ipse gravissimas usuras expendisse dicitur; Pœna vero solvitur ob fidem in facti promissione non servatam. Quæ cum separatam habeant rationem, iniquitatis argui non possunt. Denique, neminem turbet, opinor, ratio dubitandi, mota Fabro, quod æquitatis ratio non patiatur, ut pœna transeat ad heredes. *l.* 20. *d. Pœnis.* Id enim de pœnis legalibus delictorum, non de conventionalibus, quæ in locum ejus quod interest, succedunt, intelligendum esse, juris indubitati est, adeò ut pœnæ conventionales non faciant actiones pœnales, sed rei persecutorias §. *ult. Inst. de Verb. Obl.* Cæterum, in *h. l.* 47. Verbum *repræstaverit,* est, *Repræsentaverit,* exhibuerit, ut monet Cujac. 3. *obs.* 15.

Labeo Lib. IV. Posteriorum à Javoleno epitomatorum.

Bona fides non patitur: ut, cum emptor alicujus legis beneficio, pecuniam rei venditæ debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur, & re sua careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor æque amitteret: utpote cum petenti eam rem emptor exceptionem rei venditæ & traditæ objiciat: ut perinde habeatur, ac si petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset. L. 50. d. Action. empt.

1. Anton. Faber in *Rational. ad h. l.* Locus hic mihi semper obscurus visus est, *inquit*; ideo, ut arbitror, quia mendosus, & quia construi nullo modo potest,

potest, sive Florentinam, sive vulgatam Lectionem sequamur; nisi emendetur, mutatâ dictione, UT in NI, pro nisi: Hoc sensu; Ut prior sententia hujus L. quæ habet, succurrendum esse Venditori, à quo emptor liberatus est, ne cogatur ei rem tradere; non satis plene prospiciat, nisi ad eam aliquid addatur. Ita *Faber*, pluribus hoc adstruens, quàm hic referri possit. Accursius, qui glossis suis ad intelligendas leges incomparabilem adtulit lucem, hic mihi non magis quam Fabro satisfacit. Nec tamen Emendatio Fabriana placet; *nec enim ad literam descendit*, ut Accursius de Crisi coacta loquitur. Hoc cuivis in conspectu est, opus fore, uti plura mutentur. Quid enim hoc, *Possessione autem traditâ, futurum est, NI rem venditor æquè amitteret*. Tu, si placet mecum recollige legem, & confer hanc meam paraphrasin. *Bona fides non patitur, ut, cum emptor, alicujus legis beneficio pecuniam rei venditæ debere desisset*, (in perpetuum, si novæ tabulæ sint factæ, vel ad tempus, qualem fuisse legem, tempore belli, in Frisiâ latam, memini) antequam res ei tradatur, ut venditor, inquam, *& rem tradere & re suâ* (mallem *pretio*) *carere cogatur. Possessione autem traditâ, futurum est, ut rem venditor æquè amittat*, ac si pretium accepisset: *Utpote, cum repetenti rem venditori emptor exceptionem rei & venditæ & traditæ objecturus sit*. Cum hoc effectu: ut perinde habeatur, ac si petitor, scilicet venditor, *ei neque vendidisset neque tradidisset*. Adeo nullam actionem habebit ad pretium petendum, ob beneficium legis, ac si nihil venditum esset. Hæc satis sibi constare videntur; Emendatio Fabri, nisi me fallit opinio, rem facit obscuriorem, & orationem Pauli exhibet inversam.

Labeo Lib. 1. Pithanon.

Si mercedem insulæ accessuram esse emptori dictum est: quanti insula locata est, tantum emptori præstetur. Paulus. *Imo si insulam totam uno nomine locaveris, & amplioris conductor locaverit, & in vendenda insula mercedem emptori cessuram esse dixeris: id accedet, quod tibi totius insulæ conductor debebit. L. 53. in pr. d. Act. Empt.*

1. Anto. Faber. Nec sane putandum est, aliter Labeonem sensisse, *inquit*, ut constat ex Javoleno, qui eandem Labeonis sententiam expressit in *l. insulam* 58 *in pr. tit. prox sequ.* Quid enim aliud dixerat Labeo, nisi, quod, si mercedem insulæ accessuram esse emptori dixerit, tanti præstare debeat emptor, quanti insula locata est. Quid ni ea verba sic intelligas, ac si scripsisset, *quanti locata est primo conductori*, non etiam, *quanti à primo conductore?* Sed flagravit Paulus noster miro desiderio contradicendi Labeoni, ut plus utique sapere videretur. Idque apparet manifesto, ex hoc loco & aliis plerisque. *Hactenus Faber*, in quem aliquis merito hanc Censuram in Paulum strictam retorquere possit. Flagrare miro Fabrum desiderio, contradicendi Juris auctoribus, & primis & Justinianæis, ut plus utrisque sapere videatur; quemadmodum toties animadvertere licuit. Hoc loco, nihil video, quod studium illud contradicendi & reprehendi Labeonem arguat in Paulo. Sententiam Labeonis proposuit, ut in πιθανοῖς

sita

sita erat; Domo hac lege venditâ, ut merces emptori cederet, Labeo simpliciter dixerat, emptori tantum deberi, quanti domus locata fuerat. Paulus vidit, & recte, ex his verbis non decidi casum, qui incidere possit: Conductor habet jus relocandi domum alii; Pone, eum pluris locasse, quam cum venditore pactus erat. Emptor ait, sibi hanc mercedem secundam & maximam deberi. Verba enim Pacti Venditioni domus adjecti esse generalia; si quid obscuri sit vel ambigui, dandam esse interpretationem contra venditorem, qui Legem dixit, eumque teneri ad id quod emtori commodissimum erit, præstandum. Non erat indigna, res, scrupulo quem Paulus exemit, dicta Labeonis explicando, & sententiam ejus claris verbis eliciendo, non reprehendendo, vel majus acumen ostentando, ut arguit Faber.

Ulpianus Lib. XXXII. ad Edict.

Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata: sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverit: hujus enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit, & si reipublicæ prædia locata fuerint. Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est: ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis: & si lustrum forte ab initio fuerat conductioni præstitutum: Sed & si secundo quoque anno, post finitum lustrum, nihil fuerit contrarium actum: eandem videri locationem in illo anno permansisse, hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur. Et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem prædiis alio jure utimur: ut, prout quisque habitaverit, ita & obligetur: nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. L. 13. §. ult. Locati conducti.

1. Magna Romani Juris imprudentia omnium gentium consensu & contrario instituto redarguitur: quod in ædibus aliud juris, respectu tacitæ continuationis in locatione conductione, quam in agris, esse voluerunt. Ut in his quidem si nihil dictum esset, integri anni relocatio facta censeatur, in illis, quatenus habitatum sit. Quod ut bifariam accipi potest, ita neutro sensu inutilitatis, & absurditatis notam evitat. Grotius hæc verba, *prout quisque habitaverit*, hoc modo accepit; daer door wort de huyr verstaen verlengt te zijn / door soo veel tijts als de selve te voren was aengegaen / *lib.* 3. *Introduct. Holl. c.* 19. *n.* 4. Proinde, si ad decennium locata fuerit domus, ultimo anno tacite elapso, renovata censetur locatio conductio ad novum decennium? Ita ille Jure Civili cautum esse tradit; Inciviliter ac enormiter, si quid aliud usquam. Infinito melius & utilius hoc est, quod moribus obtinet, ut ad annum sequentem renovatio facta videatur. Sed verius est, Grotium aberrasse à sententia hujus loci: verba prædicta non respiciunt ad procul, sed ad proximè præcedentia: procul erat hoc, quod in rusticis prædiis renovatio ad unum annum, non ad omne tempus v. gr. ad lustrum, per silentium in fine temporis, facta videretur; Quibus opposita verba

verba de prædiis urbanis, *prout quisque habitaverit*, videri poterant hoc velle, quod Grotius inde colligit. Sed ratio vult, ut si ista verba σχέσιν ad præcedentia habere debeant, hanc petamus è proximo, *Et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est*. Cui mox subjicit; *In urbanis autem prædiis alio jure utimur*; *ut prout quisque habitaverit, ita & obligetur*. Ne quidem ad annum facta videtur renovatio; sed hoc spatium, quo quis denuo post finitum conventionis tempus habitaverit, ex renovato contractu habitatum videtur, ut actio locati Conducti inde reciprocetur. At hoc sensu, quovis momento uterque resilire, Locator expellere conductorem, hic quoties libet, ædes evacuare potest. Quo nihil utroque & ad domos conservandas resque familiares continendas inutilius, aut incommodius. Quanto rectius hodierni mores, inde ab aliquot mensibus ante finem temporis expressi, silentium pro novo consensu in annum sequentem accipiunt!

2. Respondeamus ad Censuram breviter. Agere enim de ipso negotio non est hujus loci. Institutum Juris Romani iniquitatis periculum adit nullum: Inutilitatis arguitur. Quâ parte non negamus, aliquanto commodius hodie consultum videri. Nec tamen jus antiquum sua ratione, suoque commodo destitutum fuit. Ratio est in exactâ observatione contractus, secundum fidem datam. Differentia prædii rustici & urbani, quæ traditur in hoc §. *ult*. à fructuum perceptione, quæ anni spatio circumagitur, re ipsâ dictante, petita est. Incommodum renuntiandi migrandive quovis momento, post finem temporis expressi, mollitur hac limitatione, quam suggerunt interpretes, citati Brunemanno *ad h. l.* non esse captandum hoc, mutuo alterius incommodo. Civile laxamentum quod in solutione, reique judicatæ executione, aliisque negotiis impertiuntur leges, id heic non esse præcludendum. Denique, id efficiebat illa vetus observatio, ut quisque rebus suis exacte curandis cavendisque animum paterfamilias adverteret, ac in futurum consuleret. Non potest etiam negari, quin renuntiatio, ut est hodie, facienda modo judiciali crebras civibus molestias, captiones, denique litium occasiones suppeditet; quibus ista veterum simplicitas minus obnoxia fuisse videtur. Plura de argumento Legis universo aliunde petenda sunt.

Ulpianus Lib. XXXII. ad Edict.

Item cum quidam, nave amissa, vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur: rescriptum est ab Antonino Augusto: non immerito procuratorem Cæsaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit. Quod in omnibus personis similiter observandum est. L. 15. §. 6. Locati.

1. Multa sunt adversus æquitatem hujus loci. Mercator nautæ merces locavit transvehendas, & vecturam ei prorogavit, quam ita *pro mutuâ* datam, ut Florentiæ legitur, post varios emendandi conatus latinè dici, concedit Cujacius in *lib.* 3. *obs. cap.* 1. sed Nauta passus naufragium merces transvehere non potuit. Repeti posse vecturam, quia vehendi munere functus non est, ex rescripto Imperatoris Antonini, respondet Ulpianus *hic*. Atqui I. casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præstari juris & æquitatis ratio

 dictat

dictat *l. 6. C. de Pignor act.* Apposite Seneca: *epist.* 86. *Gubernator tibi non felicitatem promisit, sed fidelem operam: hæc eo magis apparet, quo illi magis aliqua fortuita vis obstitit*, nihilque potest imputari Nautæ in eo, quod Θεῦ βίᾳ, *vi majore atque divinâ contigit*. Præterquod, II. naufragio adflictis addi non debet adflictio. III. Cur autem casus fortuitus magis Locatori navis, ad transvehendas merces, quam Venditori casus fortuiti imputantur? Emptor solvere debet pretium, etsi res pereat *l. 8. d. Peric. & Comm. rei vend.* Quidni igitur mercator mercedem, etsi navis amissa fuerit? maximè, si casus ille post merces in nave collocatas, quæ traditionis instar est, evenerit. Accedit, IV. argumentum legis 19. §. *pen. & ult. h. Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset: Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in hæc verba: Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilæ solveres: si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri, æquum est.* V. opponitur *Lex 38. eod. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas præstet.* VI. objicitur, *L. 1. §. pen. d. Extraord. cognit. Divus Severus ab heredibus Advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti: quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret.* Quod ipsum exacte convenit in speciem hujus textus. VII. obstat *L. 4. §. 5. d. Statulib.* ubi, *servire nobis intelliguntur etiam hi, quos Curamus ægros, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur.* Denique VIII. peremptorium diversæ æquitatis argumentum est *in l. 10. C. de Condict. ob caus. dat. Pecuniam à te datam, si causa, pro quâ data est, non culpâ accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minimè repeti posse certum est.* IX. Postremo opponitur *L. pen. §. 1. h. t. Navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquilejam navigaret, olei metretis tribus millibus impositis, & frumenti modiis octo millibus, certa mercede: sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur, & onus impositum commisso tolleretur. Quæsitum est, an vecturas, quas convenit, à conductore secundum locationem exigere navis possit. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, posse.*

2. Hic rhodus, hic saltus! Eunomia & antinomia utraque laborant tot difficultatibus, ut vadimonium deseri possit. Primo æquitas hujus loci demonstranda, tum ad objecta respondendum. Si nauta, nave amissa, peteret mercedem pro mercibus transvehendis promissam, credo, non videretur iniquum, quod nihil ei solveretur, eo quod vehendi munere functus non esset. Quod si petere non possit promissum, cur eâdem ex causâ acceptum pro mutuo reddere non debeat, æquitatis ratio solida non apparet. Maxime, si verba textus hujus ita capiamus, ut accipi possunt, de casu, quo navis ante præstitum & inchoatum navigationis ministerium amissa fuit. Nam si mercibus illatis, cum solvisset è portu navis, tempestate perierit, major dubitandi ratio fuerit, ut textus quidem noster illâ expositione penitus absolvi queat: Sed non videtur tamen hac utendum ratione: magis est, ut locus indistincte, quemadmodum verba de *amissâ nave*, cum *vehendi munere functus* seu perfunctus *non sit*, habent, tam ad casum inchoatæ quam nondum susceptæ navigationis, referenda videantur: Ut adflictio casus fortuiti his, quibus incubuit, noceat; Quam rationem merito sequuntur

quuntur Interpretes Costalius, Busius, Brunnemannus. Ergo ut merces amissæ damno mercatorum cedunt, ita quod ad navem pertinet, hoc nautæ detrimentum est. Nec dubium est, quin vectura, navis respectu, debeatur, Hanc igitur non minus quam ipsum vehendi munus amissæ navis calamitas intercipit. Si culpa nautæ argui posset, etiam in id quod interest teneretur *l.* 15. *pr.* §. 7. *& passim. h.* Cessante culpâ, damnum fortuitum vi majore divinitus commissum recusandi causam non habet is, qui in eo deprehensus est. Secundum hæc, objecta videamus.

3. Quod ad primum attinet, verum est, casum fortuitum in nullo contractu alii ab alio præstari; sed unusquisque eum ferre debet, sibi evenientem. Hic autem casus accidit Nautæ, qui proinde ipse eum ferat oportet, neque mercatori imputare potest, quo magis ille mercedem solvat, aut solutam quominus repetat. Inde *secunda* labitur ratio miserationis erga adflictum, ne gravetur novâ naufragium passus jacturâ. Nec enim Θεῦ βία; vis & calamitas inflicta divinitus, in alium, quam, cui immittitur, averti potest. Tertium argumentum nihil concludit: Emptor fert damnum casus fortuiti, Ergo & conductor. Uter enim est Conductor? Nauta magis, opinor, qui merces conduxit transvehendas. Ergo periculum ad ipsum, potius quam ad mercatorem, qui minus propriè conductor navis operæve dici potest, spectet oportet. Nisi potius hic juris sit, quod solet; ut periculum è casu fortuito causam dominii sequatur: Mercium scil. mercatorem; Navis & vecturæ, nautam, ut jam diximus. Ad IV. objectionem: Casus fortuitus imputatur ei, cui accidit. Exceptor est & manet paratus ad operam toto anno præstandam; sed per conductorem stat, fato: Heredes, si velint uti possunt Notario; quod si jam commodum illis non sit, exceptori scribæ nocere non debet. Idem est in Commitibus Legati Cæsaris mortui §. *ult. d. l.* 19. Nec opus est alio respondendi medio *ad l.* 38. *h.* quæ facit *quintam* objectionem. Quoties conductor in eo statu est, ut operam suam præstare velit ac possit, nihil obstat, quominus integra merces ei debeatur. Sed in *L.* 1. §. *pen. d. Extraord. Cognit.* clare videmus impedimentum fortuitum esse à parte Advocati; cujus tamen morte non intercidit petitio salarii promissi. Quæ res argumento esse videtur, in reliquis etiam quando fatali causâ quis operam navare prohibetur, non tolli petitionem mercedis, nedum hanc repeti posse solutam: sine distinctione ab utrius parte venerit impedimentum, casu fortuito objectum. Sed dicendum, vel in Advocatis, qui non conducuntur, sed precibus adeuntur, habentque non conductores aut locatores, sed clientes, aliquid esse præcipuum: Vel potius, non stetisse per Advocatum, quominus in tempore, dum viveret, causam ageret, impedimentis aliunde, forsitan ab ipso, cui patrocinabatur, obortis. In *l.* 4. §. 5. *d. Statulib.* nihil aut parum est, quod huic negotio rectè applicetur. Servus in testamento domini accepit libertatem, si annum heredi servierit: Huic anno detrahi dies, quibus ægrotavit, asperum & inhumanum merito visum est; in favorem libertatis, quæ tot ac tanta semper habuit singularia, ut inde ad Locationem Conductionem nullo modo sit argumentandum. Plus argumenti est in *l. ult. C. de Condict. ob caus. dat.* Ad quam duplex sit responsio. Prima non exprimi, cui generi casus

 fortuiti

fortuiti illud Rescriptum fuerit applicitum. Ideoque non videri talem fuisse casum fortuitum, qui à parte accipientis sit profectus, aut illum adflixerit, ut in nostrâ *l.* 15. §. 6. Altera fit responsio; non eandem esse rationem locationis Conductionis, quæ est Contractus innominati, Do ut facias: Cum in illa merces ad operam se referat; quâ non sequutâ, correlatum, quod est merces, pariter cesset. Quod verò datur, ut aliquid fiat, aliquanto propius ad liberalitatem accedit; quâ de re latius actum *ad l.* 5. *suprà d. Condict. caus. dat. non sec.* Pluribus hanc differentiam Locationis Conductionis, & Contractus innominati adstruit Anton. Faber in *Rational. ad h.l.* Postrema ad *l. pen.* §. 1. responsio, ex ipso textus argumento resultat. Mercator enim ibi merces in navem congesserat, prohibitas, quæ propterea detentæ neque transvehi permissæ fuerunt. Cujus rei culpa locatorem merito, mercedis prorogatæ vel nondum solutæ damno multare potest & debet. Ita cur hoc Antonini Rescriptum iniquitatis sit damnandum, justa ratio esse non videtur.

Gajus Lib. x. ad Edictum Provinciale

Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio & conductio contrahi non videtur. Sin autem, quanti Titius æstimaverit, sub hac condicione stare locationem: ut si quidem ipse, qui nominatus est, mercedem definierit, omnimodo, secundum ejus æstimationem, & mercedem persolvi oporteat, & conductionem ad effectum pervenire: sin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta. L. 25. *in pr. Locati.*

1. Jure veteri dubitatum fuit, an valeret Emptio Venditio, Locatio Conductio in alterius arbitrium collata, quibusdam negantibus, aliis ita concedentibus, si tanquam ad arbitrium boni Viri collatum esset pretium aut merces, ut Justinianus refert in *l. ult. C. de Contrab. Empt.* qui decidens hanc dubitationem, statuit illud ipsum, quod est in *hoc pr.* cujus verba perspicue desumpta sunt ex *d. l. ult.* ut observat Cujacius in *l.* 43. *d. V.* O. ubi, *Tribonianus*, inquit, *sub nomine Caji usus est Justiniani verbis*; etsi non opus est sagacitate multâ ad hoc emblema detegendum, quo etiam retulit hoc specimen D. Wissembachius. Faber autem Antonius, hujus loci argumento tam manifesto, insultat iis, quibus persuaderi non potest, dari Tribonianismos in Pandectis; Quorum ex numero me non esse, hactenus, tametsi Fabro sæpe fidem negaverim, est quod gaudeam scilicet: Nunquam enim negavi Tribonianum verbis JurisConsultorum veterum sæpius argumenta novarum adspersisse Constitutionum. Sed integros textus esse commentum, sine exemplo legum Imperialium, id non facile adductus sum ut crediderim. Nec etiam totum hoc Principium esse ab illo adsutum, dicere necesse fuerit. Quominus enim priora verba sint Gaji, quorum sequentia forte Tribonianus induxit, & compendium *d. l. ult.* illis substituit, non videtur esse dubitandum. Ad rem ipsam plura dicere, quod *in Prælectionibus ad Inst. Tit. de Empt. Vend.* actum, non est hujus loci aut instituti.

Gajus

Gajus lib. x. ad Edict. Provinc.

Culpa autem ipsius & illud adnumeratur, si propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit. L. 25. §. 4. Locati.

1. Non est de nihilo Censura hujus loci, quam dedit Autumnus: *Quisque suos patimur manes*, inquit, *& pœna sequitur auctores suos l. sancimus C. de Pœn. Iniquum est igitur, innocentem ex alterius culpâ teneri, & immerentem luere*, præsertim, quia hic non distinguitur, utrius vitio contracta sit inimicitia. Hanc Censuram plerique sic amoliuntur, ut hanc regulam, *Damnum quod quis patitur ab inimicis suis, culpâ suâ pati intelligitur*, ita limitent, uti procedat, *si culpâ ejus inimicitiæ susceptæ sint*, apud Wissembachium ad *Tit. π. de Leg. Aquil. th.* 10. eamque limitationem probant ex *l. 66. in pr. Sol. matrim. In his rebus, quas præter numeratam pecuniam, doti vir habet, dolum malum & culpam eum præstare oportere, Servius ait. Ea sententia Publii Mucii est. Nam is in Licinia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, quâ Gracchus occisus erat, periissent, ait, quia, Gracchi culpa, ea seditio facta esset; pretium Liciniæ præstari oportere.* Hoc textu in eundem finem utitur Sandius in *lib. 5. tit. 7. def.* 2. ad defensionem judicati in hac specie facti. Jarichius Liaucama Frisius Nobilis, rebus in Belgio turbatis, fidem suam Hispaniæ Regi, ut domino Frisiæ, præstiterat, ac contra Patriam arma tulerat; Eoque respectu villa ejus combusta erat, unaque res mobiles inquilini, dum ipse procul aberat. Judicatum fuisset illum teneri ad pretium istorum mobilium inquilino præstandum, quia, quod arma contra Patriam ferret, in hypothesi liberatis, quam hic tuebamur, culpæ & crimini imputandum erat: nisi per Induciarum leges Duodecennalium & Amnestiam sancitam illi subventum fuisset. Verum enimvero Brunnemannus *hic*, ista limitatione parum profici, cum plerumque inimicitiæ culpam utriusque, vel dubiam contineant, observat. Præterea, culpam obligare ad præstationem facti plane separati, quod nullo modo in potestate fit avertere, durum, nec satis juridicium videtur. Venditor, ob cujus crimen fundus venditus est publicatus, ita designatur in *l. 33. h. t. Quamvis per te non stet.* Sic, *de damno ab alio agi non posse, Julianus ait. Quâ enim custodiâ consequi poterit, ne damnum injuriâ ab alio dari possit? l. 41. h. t.* quæ Juliani sententia plenius extat in *l. 19. Commod. Ad eos, qui servandum aliquid conducunt, aut utendum accipiunt, damnum injuria ob alio datum non pertinere, proculdubio est. Quâ enim cura, aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuria det.* Utrumque textum ait esse contrarium huic *legi* 25. §. 4. D. Wissembachius *in d. th.* 10. Sed cum Juliani sententia non loquatur, de culpâ ejus, qui ad rem custodiendam & restituendam tenetur, cujus exprèsse meminerunt Gajus *hic*, & Javolenus *in d. l. 66.* nihil est causæ de conciliatione desperandi.

2. Verum tamen acquiescere non possum in eo, quod Sandius & Wissembachius aliique volunt, indistinctè me teneri, è damno ab alio, propter inimicitiam non sine meâ culpâ contractam, dato. Non utique in tali specie, qualem Sandius

 tractat,

tractat, ut is, qui peregre abest, teneatur in infinitum colono suo, de damno ab inimicis ipsius dato. Si fructus corruperint prædiumque vastaverint inimici domini, amittat hic Locati actionem ad petendam mercedem: sed ut insuper de mobilibus colono ereptis, de vulneribus illatis, de cædibus factis, pecuniarie duntaxat, teneatur dominus fundi, non habet rationem. Nec enim qui est in culpâ vel in crimine, de omnibus inde per consequentiam oriundis, sed de his quæ immediatè connexa sunt, duntaxat tenetur. Argumento sit, præter id, quod ex *l.* 33. *h. t.* prolatum est, servi corrupti reus, qui non modo tenetur in duplum ejus, quo servus vilior factus est, sed etiam de rebus, quas servus abstulit, aut perdidit, *l.* 10. *d. serv. Corr.* Verum quæ postea facta sunt, etsi à corruptione profecta in æstimationem non veniunt *l.* 11. *in pr. eod.* & §. 1. *ubi; Neratius ait, postea furta facta in æstimationem non venire. Quam sententiam veram puto. Nam & verba edicti*, Quanti ea res erit, *omne detrimentum recipiunt. Servo persuasi, ut chirographa debitorum corrumpat: videlicet tenebor. Sed si consuetudine peccandi postea & rationes, ceteraque similia instrumenta subtraxerit, vel interleverit, deleverit: dicendum erit, corruptorem, horum nomine, non teneri.* Scilicet, incivile est obligationem ad ea quæ facto immediate non cohærent, produci. Dicamus igitur hoc modo; Quisque de damnis per inimicitias suas, non absque suâ culpâ inchoatas, illatis, tenetur ad præstationes negotio à se contracto comprehensas: non ad reliquas inde vel remotas, vel non nisi mediate inde profectas. Ergo dominus prædii, ad damna prædiis ipsis, aut fructibus in eo satis illata, ab inimicis ejus propriis, non sine culpâ suâ excitatis, hactenus tenetur ut actionem amittat. De aliis damnis, hominibus aut bonis inquilini sui datis, quorum præstatio non continetur in obligatione Locationis-Conductionis, nullo modo videtur teneri. Conductor etiam ad restituendam rem conductam, commodatarius ad restitutionem rei commodatæ obligatus videtur, si per inimicos ipsius, quos suâ culpâ provocavit, aut non devitavit, ablatæ vel deperditæ sint, eaque sententia est Gaji in hac *l.* 66. *in pr.* ubi maritus ad restitutionem rerum dotalium, quas restituendas susceperat, etsi ab inimicis ejus in seditione suâ culpâ motâ perditarum, teneri dicitur. Sed dominus fundi non tenetur de rebus invectis & illatis à colono. Fortean hoc modo Censuram non modo Eunomicam, sed etiam Antinomicam evitabimus. De damnis per inimicitias sine culpâ nostra excitatas, illatis non tenemur *l.* 41. *h. t. l.* 19. *Commod.* Si culpa nostra merito arguatur, tenemur inquam, ad præstationes contractui à nobis inito proprias & naturales. Id quod contra Censuram facile tuebimur, eoque pertinet hoc, quod habuimus in *l.* 20. *suprà Comm. divid.* Cætera damna, quæ nonnisi, consequenter & mediatè ad eum de quo agitur, contractum pertinent, non videntur inimicitiæ causâ nos obligare; nec hoc Legibus nostris proditum videtur.

Gajus

Gajus Lib. x. ad Edict. Provinc.

Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum præstat, si qua ipsius, eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus observaturus fuisset. Idem scilicet intelligimus, & si dolia, vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad ceteras res transferri potest. L. 25. §. 7. Locati.

Justinianus Augustus.

Conductor autem omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. §. pen. Inst. d. Loc. Cond.

1. Nota est regula de præstatione Culpæ, quam Æquitas ipsa Juri Civili inspiravit, & extat in *l.* 5. §. 2. *Commodati.* secundum quam in Locatione Conductione, mediocrem culpam & diligentis officium patrisfamilias præstandum esse, palam est. Nisi quod hic Cajus diligentissimi cujusque partes in locatione Conductione efflagitat. Quod loco Juris *in d. l.* 5. §. 2. bene collocato, & Eunomiæ adversum videtur. Plerique refutatis aliorum distinctionibus, in Accursii interpretatione definunt, qui Cajum superlative de re positivâ locutum existimat; quam alii rursus explodunt, ut quæ ipsa in Eunomicam accurationem impingat; quasi jam tum Veteres in positionibus Artis hyperbolicas figuras pro locutionibus positivis Lectoribus obtrusissent. Antonius Faber Gajum hic de Artifice conductore, qui factum artis suæ administrandum susceperit, interpretatur: huncenim ut peritiam Artis professum de levissimâ culpâ teneri *l. si quis domum* 9. *vel si quis fundum* §. *Celsus* 5. *h. t.* Sed hæc responsio soli convenit Gajo; Justinianum relinqueret solitæ Fabri notæ: quasi Tribonianus Veterum sententias malè complexus, hac etiam parte perversè consuluerit. Quod enim Gajus de factis in *hos* §. 7. id ipsum de rerum usu prædicat Imperator in *d.* §. *pen.* Unde velis, nolis, in Accursii responsione subsistendum videtur, minus exactè locutos esse Juris auctores in locis suprà scriptis. Contentos fuisse, culpam à casu fortuito separare; sicut ab hoc conductorem liberant, ita de culpâ in his locis non distinxerunt. Bene autem habet, quod hoc alibi neglectum non est, inprimis loco ejus rei communi, quo πραγματικῶς Culpæ præstationes secundum species contractuum distinguuntur, in *d. l.* 5. §. 2. *suprà, Commod.* Exemplum quod superlativus aliquando positive collocatur, adsignare solemus in *l.* 6. *Quod met. C.* ubi sic est; *Metum autem non vani hominis, sed qui merito & in homi-*

nem

nem constantissimum cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus. Atqui sufficit qualitas non vani hominis, ut constantiæ usus positivæ salvus maneat: etsi exquisita Catonis alicujus aut Herculis interrita Virtus metum passo non conveniat. Eodem pertinet ocus Ciceronis *ad Atticum lib.* 12. *ep.* 21. ubi se à Bruto conqueritur, honoris causa *optimum* Consulem esse nuncupatum; *Quis jejunius*, inquit, *dixit inimicus?* Intellexit igitur hoc verbum non ultra quam positive Cicero, ut nos hodie, *Nobilissimum Doctissimum*; ac ita ab aliis acceptum iri putavit. Cum alioqui sensu vere superlativo nihil honorificentius esse potuisset. Unde postea id honoris à Senatu habitum est Trajano, ut *optimus* Princeps salutaretur, quod tam magnifice Plinius æstimat in *Panegir.* Quod si quis tamen in Accursianâ responsione de superlativo positivè accepto ad inreprehensam exactitudinem desideret, non est tamen, ut nostri Censura seculi in superlativis sine fine luxuriantis, hac parte ferenda videatur.

Marcellus Lib. VI. Digestor.

Cum apparebit, emptorem conductoremve pluribus vendentem, vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam: ita demum ad præstationem partis singuli sunt compellendi, si constabit esse omnes solvendo. Quanquam fortasse justius sit, etiam si solvendi omnes erunt, electionem convenuendi, quem velit, non auferendam actori, si actiones suas adversus cæteros præstare non recuset. L. 47. *Locati.*

1. Primum in hac Lege quod offendit, est in verbis, *Emptorem, Conductoremve*, vendentem, locantem. Oportet Emptorem esse dictum pro venditore, conductorem pro Locatore, ut Accursius observat, quod insolens & rarum, vel inauditum potius. Nam quod *l.* 19. *&* 20. *d. Action. Empti* adducit Accursius, nihil ad rem facit. Ibi scriptum est, Veteres Emptionem, Venditionem promiscue usurpasse, ut contractum illum aut Emptionem aut Venditionem: Item, Contractum Locationis, etiam Conductionis appellaverint. Inde non sequi, illos Venditorem quoque dixisse Emptorem, & Locatorem accepisse pro Conductore, jam pridem animadvertimus; sicut hujus κατωχρήσεως, vel Confusionis exempla nusquam dantur. Antonius Faber, pro, Emptorem Conductoremve legit, *in emptione, conductioneve.* Vide, ne fortemelius hæc verba *Emptorem conductoremve* penitus absint, ut quæ in textum è glossa inepta irrepserint: nec inconcinnius ita legas, *Cum apparebit, pluribus vendentem vel locantem singulorum in solidum personam.* Sed nihil contendimus è Crisi hactenus: Et si quis putet, Marcellum hos terminos, ἀνωμαλῶς miscuisse, nec quasi otiosum esset, *Venditorem Vendentem, Locatorem Locantem*, nihil admodum refragemur.

2. Argumentum rei plus habet difficultatis Eunomicæ. Quando duobus eadem res simul est locata vel commodata, singuli in solidum quasi duo rei debendi tenentur *l.* 5. § *ult. Commodati. Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul: Celsus filius scripsit libro sexto digestorum, quæri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur. Et ait, duorum quidem in solidum,* do-

dominium, vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse: sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usum autem balinei quidem, vel porticus, vel campi unius cujusque in solidum esse. Neque enim minus me uti, quod & alius uteretur. Verum in vehiculo commodato, vel locato, pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. Sed esse verius ait, & dolum & culpam, & diligentiam, & custodiam in totum me præstare debere. Quare duo quodammodo rei habebuntur. Et, si alter conventus præstiterit, liberavit alterum, & ambobus competit furti actio. Hæc autem res minus habet dubii in hac lege, ubi diserte Venditor & locator singulorum in solidum fidem sequuti esse dicuntur, & ex ratione juris electionem habent conveniendi quem velint in solidum: Nisi divisa Locatio Conductio, & pro partibus in singulis facta fuerit *l.* 13. *C. Locati* quibus addenda *Lex* 9. *d. duob. reis.* Tales autem Correi non habent beneficium divisionis, utique non tempore Marcelli & jure Pandectarum, quod solis Fidejussoribus, & Mandatoribus, ex epistolâ divi Hadriani, competebat, *l. ult. C. de Const. pec. l.* 26. *l.* 51. *d. Fidejuss.* Duobus autem reis nequaquam *l.* 11. *in pr. d. duob. reis.* Quid igitur Marcellus in hoc loco sibi vult his verbis; *Cum apparebit, pluribus vendentem vel locantem singulorum in solidum intuitum personam, ita demum ad præstationem partis singuli sunt compellandi, si constabit esse omnes solvendo?* Antonius Faber, cum pluribus verbis demonstrasset, Marcelli tempore non fuisse creditorem obligatum correos in partes convenire, ignoto tum beneficio divisionis hoc respectu, subjungit: *Est ergo Lex hæc tota, ni fallor, non tam Marcello adscribenda, quàm Triboniano, jam tum meditanti jus illud novum, quod postea induxit, viamque, ut conjicio, struenti & præparanti ad Novellam Justiniani Constitutionem* 99. *de duobus reis. Nam præter id, quod familiare fuit Triboniano, de omnibus dubitare, aut saltem ita dubitanter loqui, ut dubitare ipse videretur, etiam de aperto jure & certissimo, conveniens erat, ut aliquem ex antiquioribus & majoris nominis prudentibus nobis obtruderet, qui de hoc dubitasset, quod Justinianus erat correcturus, ut minus nova minusque absurda juris veteris correctio censeretur.*

3. Quominus hanc crisin emblematicam admittere possimus, hæ faciunt rationes: Ergone jam Tribonianus cum sociis Digestoribus, non modo textus Pandectarum flexerunt ad novas Constitutiones jam editas, sed etiam ad tales, quæ non tam sub incude, quam in cerebro conceptæ erant, & quas editum iri, per rerum humanarum incertudinem nullo modo scire poterant, quæque nonnisi extremo Justiniani tempore sunt editæ, nec in unum librum, ut de Novellis constat, unquam ab illo collatæ fuerunt, idque per modum vaticinii in Pandectis, primo Justiniani Imperatoris, qui per annos amplius 40 præfuit, tempore publicatis, inseruerint? Quid enormius, quid Viris Prudentibus, aut non insanis, quales Juris conditores habere saltem liceat, indignius? Quid denique magis ridiculum, coætaneis hominibus iisque juris peritis Marcelli libros tunc habentibus quam legere in Pandectis recens editis, à Marcello scriptum esse, quod non modo nunquam ab eo scriptum erat, sed quod ejus tempore, quod etiam illo tempore, quo jam Pandectæ legebantur, erat incognitum, inauditum? Si enim Constitutio Novella de beneficio ad duos reos producendo tum extitisset,

poterant homines, propositi Imperatoris gnari, ut Pandectæ *ἐκ τ̃ αὐτῦ νόμου* pro hypothesi juris à Justiniano probati componerentur, haud difficulter emblemata discernere: præsertim, quia in promptu erat illis, scripta JurisConsultorum conferre cum excerptis Pandectarum. Sed ut Digestores loquentes facerent antiquos Artis Auctores, secundum jus adhuc in Triboniani cerebro latens, nec nisi post grande mortalis ævi spatium in lucem producendum, id vero superabat omnem stultitiam. Quid verò tandem; si Justinianus nunquam ad correos beneficium divisionis extenderit? Hoc sanè adfirmat Cujacius *in not. tit. I. de duob. reis*, & Wissembachius *disp. ad Inst.* 31. *th.* 28. ubi Cujacium sibi esse contrarium dicit in *lib.* 22. *obs.* 5. in quo fallitur; Dicit enim, Justinianum per Novellam mutasse jus, quod est *in l.* 11. *in pr. de duob. reis*, quæ loquitur de duobus reis vice mutâ fidejussoribus factis, de quibus etiam disertè loquitur Justinianus *in d. Nov.* 99. *περὶ τ̃ ἀλληλεγγύως ὑπευθύνων*; de his qui pro se invicem fidejusserunt: Ad hos beneficium divisionis *in d. N.* extenditur, quod etiam tenet Bronchorstius 4. *Antinom.* 51. & à nobis adstructum est in *Prælect. ad Tit. Inst. de duob. re. n.* 2. *sub fin.* Etsi Doctores & usus fori Novellam generaliter acceperint. Sed non hæc sola res est, in quâ Doctores se magis ut praxeos auctores, quam legum Interpretes gesserint. Verius est igitur, Justinianum non dedisse correis simpliciter obligatis *in d. Nov.* 99. beneficium divisionis. Unde Tribonianus etiam Vatis amisisset fidem, & ideam Juris olim condendi male conceptam in Digesta retulisset. Nihil à sanitate & verisimilitudine potest alienius excogitari. Omitto Fabri ipsius argumentum, quo, *Nescio tamen*, inquit, *cur Marcelli nomen in eam rem mutuatus sit, cum solenne Marcello fuerit, etiam de quæstionibus dubiis certissime respondere, in iis quoque notis, quas ad Julianum scripsit, tanti Viri authoritatem audacter, nec minus subtiliter & argutè, indubitantanter convellere.* Quid erat facilius quam Labeoni, vel Scævolæ, aut Alfeno aliisve à dubitandi methodo non tam alienis, hanc futuri & cerebrini juris idêam adscribere, quam Marcello dubitationis inimico; præsertim cum ipse Tribonianus, ut dubitandi consuetudine subactus, quod arguit Faber, ejusdem viæ sectatores optime cognitos habere potuerit, atque habuerit?

4. Quid ergo tandem ad sensum legis? Ego non tam puto absurdum, Marcello dubitandi formulam & speciem incidere potuisse, quam Tribonianum sub Marcelli nomine vaticinatum esse, quid juris aliquando Justinianus, quod tamen nunquam condiderit, posteritati condere vellet. Sunt equidem qui rem eandem simul conduxerunt, Correi, sed *quodammodo*, ut de his, quibus eadem res pariter est locata, commodata, scriptum est *in d. l.* 5. §. *ult. Commod.* Est aliquanto durius, quando specialiter id actum non est, ut singuli in solidum teneantur, non admittere solutionem per partes, si absque creditoris præjudicio fieri possit, ut sanè potest, si quando omnes solvendo sunt. Hoc igitur ait Marcellus singulos pro partibus videri conveniendos, ex æquitate, si nullum ex eo detrimentum creditor habiturus sit. Concludit tamen, esse justius, ut facultatem singulos in solidum conveniendi retineat: Nihil igitur de beneficio divisionis in hoc textu vel exprimitur, vel intelligitur: Nam si hoc subesset, non daret Marcellus electionem, adversus quem vellet, agendi in solidum Creditori.

Nec

Nec adeo quicquam hic est, quod à Marcello dici non potuerit, aut quod arguat vaticinatoriam Triboniani Jurisprudentiam.

Paulus Lib. xxxii. ad Edictum.

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor, vel uter venditor sit: multumque differunt præstationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari dolo malo. Itaque, si evicta res non sit, nihil debet. In permutatione verò, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. Sed cum debeat & res, & pretium esse: non potest inveniri, quid eorum merx, & quid pretium sit. Nec ratio patitur, ut una eademque res & veneat, & pretium sit emptionis. Unde, si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur: in factum dandam actionem, respondetur. Item emptio ac venditio, nuda consentientium voluntate contrahitur. Permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet. Alioquin, si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus. Quod in his dumtaxat receptum est, quæ nomen suum habent: ut in emptione, venditione, condictione, mandato. Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem. Igitur, ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut intersit nostra, illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contrà nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secutæ L. 1. d. Permutatione.

1. Hæc lex tota *Magistralis* est, ait ex sententia Doctorum, Faber, exponens differentias inter Emptionem Venditionem & Permutationem: Quarum duæ vel tres requirunt explicationem Eunomicam. Prima, quod Permutatio opponitur Contractibus, *qui nomen suum habent*, & Contractibus innominatis accensetur: Cum tamen hic Contractus *elegantissimum & significantissimum* nomen habeat *Permutationis*, quo non minus ab aliis, quam Emptio Venditio & Locatio Conductio discernitur, ut se alias ex sententia Præceptoris sui *Johannis Antonii Mantii* docuisse fatetur Antonius Faber ad *h. l.* 1. & extat in *lib. 6. Conject. c. 9. Nunc vero*, addit: neque *pudet nos errasse cum tanto Doctore, neque piget mutare sententiam in melius, & fateri id quod res est, permutationis contractum non habere nomen certum, eo, quod Permutationis nomen generale sit, & conveniens omni negotio, quod in commercium cadit*, quod pluribus adfirmat quidem, sed non probat: Wissembachius noster *ad h. t. in pr.* adducit hos textus, *Legem si filia* 20. §. 3. *Famil. ercisc.* ubi liberi, divisis à Testatore bonis, & distributo ære alieno, *quasi permutationem certâ lege* fecisse dicuntur. *Legem* 77. §. 18. *d. Legat* 2. ubi prorsus eodem sensu accipitur Permutatio. Additur Valer. Maximus in *lib.* 5. *c.* 6. ut *sex millibus denarium singula vasa permutarentur.* Addi possent alia. Lex. 10. *d. Pœn.* Qui *in metallum damnati sunt, conditionem suam permutant*, aliaque figurate dicta. Quasi non omnibus fere terminis Artis Legitimæ id accidat, ut vel popularitet & latè, vel propriè & strictè accipiantur.

 tur.

tur. Quasi verbi gratiâ, Societas minus esset Contractus Nominatus, quoniam & Communio, quæ non est Contractus, Societas appellatur §. 3. *l. de Obl. ex qu. Contr.* aut Pignus ex eodem numero Contractuum Nominatorum eliminandum esset, quia sex & plures sunt Pignoris species, quæ non sunt Contractus. Idem de Mutuo aliisque manifestum est. Nemo, qui Contractum Permutationis audit appellari, magis ambigit, qualis intelligendus sit Contractus, quam qui Venditionem, locationem, Mandatum intelligit. Etsi nec Mandati vox ad hunc solum Contractum refertur. Mandata Principum, Mandata Reipublicæ, Mandata morientium aliaque apud Brissonium, in *Mandato*, diversissima ab illa conventione, quâ quis rogatus aliena negotia gratis administranda suscipit, nihil derogant qualitati Contractus nominati.

2. Quid igitur sibi vult, quod Permutatio nomen est certi Contractus, & tamen Contractus est Innominatus? Quia naturam habet eandem cum Innominatis contractibus. Non incipit, neque substantiam habet, nisi à datione; Pœnitentiam recipit, donec alter à suâ parte Contractum impleverit; Condictionem causa datâ, non sequutâ, aliaque secundum hanc *L.* 1. denique & Actionem Præscriptis verbis parit *l.* 5. §. 1. *d. Præscript. Verb.* Quæ omnia Contractibus innominatis esse propria, constat. Noli credere, solo nominis sono absolvi differentiam Contractuum nominatorum & Innominatorum: Philosophi fuerint aliquando divisi in Nominales & Reales, JurisConsulti nonnisi Reales sunt; Adeò ut ipsi Contractus nominati & innominati realibus differentiis separentur, iis, quas diximus; oriundis inde, quod aliqui contractus rarioris usus & minus necessarii, naturam acceperunt imperfectam & instabilem, ut pœnitentiâ & condictione retrorsum facta in irritum vocari possent, nec adeo certis nominibus designati, sed tralatitiis verbis circumscripti fuerint, veluti Do ut des, do ut facias, facio ut des, Facio ut facias; secus ac reliquis in usu quotidiano versantibus accidit, qui certam, ac stabilem formam: ne commercia turbarentur, acceperunt. At hæc species, quâ rem damus, ut rem accipiamus, initio rerum, gentium, nationumque frequentissima fuit, apud ipsos quoque Romanos; ideoque nomen certum, ut fit in rebus humanis, accepit. Usu autem pecuniæ introducto, permutationis institutum rarescere, nec alium quam reliqui Contractus innominati usum habere cœpit, nec cur alia diversâque naturâ censeretur, causa Juris auctoribus visa fuit, etsi nomen, quod in suis initiis acceperat, ut fieri solet, retinuerit: fere, ut jam diximus in *Prælect. ad Tit. Inst. de Empt. Vend. n.* 8.

3. Sequitur altera hujus loci positio, difficultatem habens Eunomicam, ut etiam Thomasius in scholiis *ad posit. nostr. h. t.* positionem Paulo contrariam probet. *Pedius ait*, referente Paulo *in d. l.* 1. §. 3. *qui rem alienam dat, eum nullam contrahere permutationem*; quod non videtur habere sensum & explicationem civilem; si talem sensum habet regula, quam pridem habuimus ex *l.* 28. *d. Contrah. empt.* nullum esse dubium, quin rei alienæ Venditio valeat. Cur enim minus valeat alienæ rei permutatio, quam Emptio Venditio; cum uterque contractus iisdem juris regulis consistat, & tam vicini sint, ut difficulter aliquando discerni potuerint, quemadmodum vidimus ad *l.* 1. *d. Contrah. Empt*? Si

est ita,

est ita, intellectu difficile est. Nam si non licet rem alienam cum alio commutare, non magis licet rem alienam vendere *l.* 1. *C. de Commun. rer. alien.* Si domino rei, permutatione ab alio factâ non præjudicatur, quominus rem evincat *d. l.* 1. Venditio rei alienæ nihilo plus creat præjudicii domino *d. l.* 28. *d. Contrab. Empt.* Quin imo sicut Venditio rei alienæ pariens usucapiendi facultatem, argumento est, valere Venditionem rei alienæ *t. tit. Pro Empt.* sic etiam permutatio rei alienæ, dum præstat usucapiendi jus, eundem tituli valorem arguit & præfert *l.* 4. §. 17. *d. Usurp. & usucap.* Quid sibi volunt igitur Pædius & Paulus, cum abruptâ negatione suâ, nullam esse permutationem, ubi quis rem alienam dederit? Duo sunt, quæ huic positioni, cum oppositione Venditoris, locum aptum faciunt. Venditio perficitur solo consensu, quo id agitur, ut dominium rei certo pretio in alium transferatur, non quo ipso actu dominium transfertur, *L. pen. d Contrab. Empt. l.* 11. §. 2. *d Action. Empt.* Per illam Conventionem Emptio Venditio suam habet perfectionem: & actio Empti venditi ultro citroque inde nascitur, ad rem tradendam & evictionem præstandam ab unâ, pretiumque solvendum ab alterâ parte, sine ulla restrictione, si res non evincatur, *hac l.* 1. verbis; *Itaque, si evicta res non sit, nihil debet.* Hoc jam utrumque, secus in permutatione se habet; Hæc enim non consensu, verum *ex re traditâ initium obligationi præbet*, ut Paulus *hic* ait: Et cum res hic pretii loco sit, pretium autem Emptor quoque venditoris facere debeat *d. l.* 11. §. 2. *d. Contrab. empt* idem de Re permutationis causâ traditâ juris est: ut non videatur esse permutatio, si quis rem alienam dederit, ut alia sibi daretur. Huic convenit αἰτία altera. Qui rem alienam dedit, non habet actionem ex permutatione dari solitam, quæ est præscriptis verbis, ad hoc, ut sibi vicissim res detur, aut id quod intereſt præstetur, *h. l.* 1. *in fin.* ubi hoc solum ei permittitur, ut rem alienam à se datam repetere possit. Hæc satis causæ, quo dici posset, Alienæ rei nullam esse permutationem, suppeditare videntur, à parte videlicet dantis. Nam quominus qui accipit rem alienam, & dedit suam, agere possit in id quod interest, ac Permutationem implevisse videatur, nihil obstat *l.* 1. §. 1. Unde nec dubii quicquam, si rem alienam sibi ab altero datam, legitimo tempore, possederit, quin jure eam usucapiat *d. l.* 4. §. 17. Denique, Domino, cujus ab alio res in permutationem data est, nihilo plus in hac specie, quam in Emptione Venditione præjudicari, palam est, nec habet ullam ἀναγνώρισιν difficultatis. In satisfactum suprà motis difficultatibus.

4. Unum adhuc est in verbis Pauli, quod in fundamenta Juris & Eunomiam impingere videtur. Ait Paulus, hic, Permutationem ex re tradita initium capere, nec prius quam res tradita sit obligationem nasci; Alioqui si quis re nondum traditâ, Permutationem contrahi dicat, eum confundere contractus nominatos cum Innominatis §. 2. *h. l.* Quid ergo de Contractibus, qui Re contrahuntur, Nominatis? An non horum metuenda Confusio cum Innominatis, qui nonnisi à re traditâ initium obligationis accipiunt, ut discimus è *tot. tit. Inst. de Obligat. quæ re Contrab.*? Imo, cum Permutatio non careat nomine suo, ut antea demonstravimus, & à re traditâ incipiat. justior est metus, ut Permutatio satis à Contractibus nominatis, qui Re, id est, rei Traditione constituun-

tuuntur, distingui possit. Ad hanc difficultatem ita habendum: Non ait Paulus, Nominatos contractus in hoc ab Innominatis differre, quod illi à Re traditâ obligationem inchoare non possint; verum quod Innominati à solo consensu, obligationis initium capere nequeant; quod sine dubio verum est, quia nonnisi à datione vel à facto incipit obligatio Contractuum innominatorum. Sed hoc esse commune quibusdam Nominatis & Innominatis Contractibus, quod initium habent à rei traditione, non negat Paulus, neque id omnino attingit. Est tamen hoc quæsitu dignum, quid impediat, Permutationem ad Contractus nominatos Reales, qui à Re traditâ initium obligationis accipiunt, referri? cum & nomen secum habeat & Re perficiatur? Videamus, an hoc modo sufficiat. Causa, quæ contractus Innominatos secreverit à reliquis, & tam lubricam illis dedit naturam, ut pœnitentiam reciperent, ac condictionem revocatoriam, est usus illorum infrequens & extraordinarius; Hæc autem ratio convenit æquè Permutationi, id est, τῷ Do, ut des, quàm reliquis Innominatorum speciebus. Accedit hoc discrimen, quod Contractus Reales se referunt ad idem in genere vel in specie reddendum. Permutatio ad aliud diversum.

Paulus Lib. v. Quæstion.

At cum do, ut facias: si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas: pecunia data, locatio erit: sicut superiore casu emptio. Si res: non locatio: sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas: sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur; idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit; sive finitum non fuit, & tantum temporis consumptum sit, ut potuerit, debueritque manumitti: condici ei potest, vel præscriptis verbis agi. Quod his, quæ diximus, convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres; & manumisisti; & is, quem dedi evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit: si ignorans, in factum civilem. Quod si faciam, ut des; &, posteaquam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio: & ideo de dolo dabitur. L. 5. §. 2. & 3. *Præscript. Verb.*

Duplicis argumento censuræ prægnans, est hic locus. Primo exinde, quod E Contractu do ut facias, si res non cadat in speciem Locationis conductionis, datur actio Præscriptis verbis quæ in factum civilis, hic & alias *dicitur, adversus ignorantem, in versu. Sed si dedi tibi &c.* Nisi dolus sit commissus, quo casu de dolo detur actio Nam quod ad cæteros bonæ fidei attinet, Juliani sententia non fuit hæc, quod ex hujusmodi specie; dedi tibi servum, ut tuum servum manumitteres, actio civilis in factum detur adversus ignorantem; sed ille voluit, in factum Prætoriam esse dandam, quo nomine reprehensus est à Mauriciano in *l. 7. §. 2. d. Pactis* cujus sententia contra Julianum obtinuit. Et tamen hoc loco ipsi Juliano ista sententia, quod in factum civilis actio competat, adscribitur. Sed

Tri-

Tribonianus, ait Wissembachius *Embl. hic* ex notâ Mauriciani adglutinavit ad *d. l.* 5. §. 2. vocem hanc, *Civilem*, ut statuunt Cujacius & Duarenus ad *l.* 7. Hotom. *in disp. de præscr. verb. c.* 2. *n.* 17. Govean. 2. *var. lect.* 27. Wesembec. in parat. de Pact. n. 9. Pac. 1. *antin.* 87. Verum Antonius Faber, quasi hoc ἔμβλημα pro Triboniani ingenio, nimis esset ingeniosum, ab alio putat huic *l.* 5. §. 2. adjectam illam voculam *civilem*. Nos ut emblematicam Triboniani potius, quam alterius incerti manum, non infitiamur esse verisimilem, ita censuram hoc nomine mereri Tribonianum non putamus, quod hac vocula adjectâ Lectori dederit convenientem Juris rationi doctrinam, ex illo Contractu esse præscriptis verbis actionem. Qui enim novit, præceptum Justiniani fuisse, ut Pandectæ scriberentur ἐκ τῆς αὐτῆς γνώμης, ex ipsius sententiâ, & nomina veterum Juris auctorum singulis locis, nonnisi dicis gratiâ esse adjecta, non potest ægrè ferre, quod sub titulo Juliani sententia, quæ obtinuit, expressa legatur. Sed est alia in hunc locum strictura; quod in eo scriptum est, adversus scientem de dolo dandam actionem. Quid ni etiam civilis in factum adversus eum detur, ut dandam esse non dubitant suprà laudati Scriptores, & ex eorum sententiâ Gotofred. *ad h. t. & §. 2. lit. e.* Nec enim melioris conditionis esse debet, qui dolo fecit, quam qui nihil dolo malo admisit, ait Faber *ad h. l.* Quod est verissimum. Sed unde Faber probat, meliorem statui conditionem ejus, qui dolo fecit; quam qui usus est bona fide, in *hoc* §. 2. *vers. Si sciens dedi.* An ideo quod actione doli, non præscriptis verbis convenitur? At hoc durius est, ni fallor ex merito malæ fidei. Sed aliâ utuntur, instantia quam Faber his verbis complexus est: *Quod si contra me scientem civilis actio in factum, id est, præscriptis verbis locum habere potest, quomodo locus esse poterit actioni de dolo, quam diximus nonnisi in subsidium, & aliâ qualibet deficiente, dandam esse.* Responsionem ad hanc objectionem dare conabimur inferius.

2. Sequitur altera Censuræ species ad ultima hujus loci verba; Quod si fecerim, ut des, si postquam ego feci tu dare cessas, nulla civilis actio, sed de dolo dabitur, ut Paulus hic docet: Et simul crucem omnibus figit Interpretibus, quæ sit hujus rei ratio ambigentibus, cum in omnibus innominatis contractibus, qualis utique est etiam: Facio ut des, civile negotium vertatur. Quod in eâdem specie diserte quoque *scribit* Ulpianus in *l.* 15. *h. t.* negans esse nudum pactum, sed causam habere conventionem Facio ut Des. E quo loco rotunde refellitur ratio Antonii Fabri *hic*, quasi in Facio ut Des, nullum civile negotium vertatur. Qui *facit*, ait, *nihil in alium transfert, licet fieri possit, ut de suo aliquid perdat; puta, si factum tale sit quod impensam vel jacturam aliquam adnexam habeat. At cum ex parte illius, qui dare debet, ac cui alius fecit, nihil accipiatur, propter quod videri possit se obligare, consequens omnino est, ut nulla civilis actio nasci ex illo negotio possit, contra eum, qui postquam alius fecit, cessat dare, nec proinde aliud supersit remedium, quam ut ei, qui fecit, danda sit actio de dolo.* Verba sine valore sensus & veritatis. Cum enim è Facio ut Facias oriatur actio civilis & Præscriptis verbis *h. l.* 5. §. 4. ibique è faciendo civile negotium & συνάλλαγμα ad agendum efficax oriatur, quid nî cum faciendi ratio utrabique sit eadem è Facio ut des, idem effectus nasci queat & dari debeat? Quin ut plane, quam sit de nihilo Faber, constet, Pone sis aliquot casus ꝟ Facio, ut

des;

des; Indico ſervum fugitivum, aut furem, ut mihi des decem, quæ eſt ſpecies *d. l.* 15. Polio veſtimenta tua, ut tantum mihi des, quantum inter nos deinde convenerit, & polivi *l.* 22. *h. t.* Diſcedo à lite, ut mihi des partem bonorum *l. 6. C. de Transact.* Quis in ejusmodi conventionibus factiſque ab unâ parte impletis, neget eſſe civile negotium, neget in eum, cujus veſtimenta polivi, ſervum furemve indicavi, in cujus gratiam à lite deſtiti, aliquid à me proficiſci, ut naturaliter ac civiliter ille viciſſim ad dandum obligetur? Nullius igitur momenti hæc ratio eſt. Plerique miſſa Eunomiæ conſideratione, toti in hoc ſunt, ut Antinomiam concilient, quorum varios conatus & circuitus referre quid juvat? Commemoratis pluribus, omnibuſque refutatis diſtinctionibus; relato etiam Cyni dicto; *Deus ſcit,* ajebat ille, *quot in hoc articulo ſint ignorantes,* ita concludit D. Wiſſembachius *ad h. t. th. ult. A deſperatu abſtinenda medicina!* Damnat igitur Juſtinianum *ἀντινομίας, Κακονομίας* Paulum; nec dubitat, quin relicto ſibi Paulo, ſequi oporteat Ulpianum in *l.* 15. Cajum, in *l.* 22. Alexandrum in *l.* 6. Nam & in Antinomiis habemus quod ſequamur; Eam partem, quæ crebrioribus calculis & ratione meliori ſe commendat. Nec proinde hæſitabimus, quin etiam è Facio ut Des Præſcriptis Verbis actionem demus. Ita Wiſſembachius, & quos ille laudat ac ſequitur, nec de Antinomiâ *d. l.* 5. §. 3. *& l.* 15. *h. t.* dubitat Thomaſius; etiam exinde, quod Paulus & Ulpianus æmuli plerumque diſcrepaverint, in *poſit. noſtris ad h. tit.* ubi tamen conati ſumus in *Prælect.* aliquid ad conciliationem antinomicam.

3. Videamus, an hoc jam paulo preſſius illuſtrari poſſit, inprimis, an nihil ad Eunomicam rationem ſe prodat. Ulpianus in *d. l.* 15. cum dixiſſet, hujusmodi Conventionem, Facio ut Des, in ſe habere negotium aliquod, ideoque naſci inde civilem, id eſt, Præſcriptis verbis actionem, ſubjicit hæc verba: *Niſi quis in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.* Cujacius *comment. ad l.* 7. §. 2. *d. Pact.* & Faber *ad d. l.* 15. *h. t.* ſequuti Johannem antiquum gloſſatorem, cenſent, Ulpianum his ultimis dictis corrigere priorem ſententiam, de dandâ actione Præſcriptis verbis, atque ita concludere, nullam è Facio ut des Civilem, ſive Præſcriptis verbis actionem oriri, ſed unicum à doli actione eſſe remedium. At Wiſſembachius noſter *in d. th. ult.* Hoc, inquit, ex ipſa lege refellitur: Nam Ulpianus iſto verſiculo, *Etſi; An de dolo actio danda videatur, ſi dolus arguatur,* Ἐφεκτικῶς eſſe mavult, quam ſimpliciter Θετικῶς. Ita Wiſſembachius. Magis eſt, ut nec nihil, nec omnia corrigat quæ dixit Ulpianus; Nam quod verba ſunt ἐφεκτικά, non poteſt ſtyli & modeſtiæ veterum gnaro eſſe novum, quin etiam ſerio ita quod loquuntur, ſentiant. Emendare voluit equidem, ſed quantum præ ſe tulit Ulpianus; ſi dolus argueretur, eſſe doli actionem; alioqui Præſcriptis verbis agendum. Quod igitur prius ſimpliciter adfirmaverat, agendum eſſe Præſcriptis verbis, in ultimis verbis diſtinguit; Aut dolo is qui dare debet, ceſſat dare, vel ſine dolo. Si prius, Actio de dolo competit; ſi poſterius, manet actio Civilis & Præſcriptis verbis. Conferamus jam locum Pauli, *in h. l.* 5. §. 2. *&* 3. Utrum ex Do, ut Facias, actio Civilis oriatur, diſtinxit in hoc verſu, *ſed ſi dedi tibi ſervum;*

Aut

Aut dolo sum usus in dando, aut sine dolo dedi rem alienam; si prius, actio de dolo competit; si posterius, civilis, id est, Præscriptis verbis. Subiungit Paulus; *Quod si faciam ut des, & postea quam feci, cessat dare, nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur.* Non videtur hic admittere distinctionem, utrum dolus intervenerit, vel non. Quid ita? loquatur Antonius Faber hactenus pro nobis, *ad h. l. 3. Si post ea quam alius fecit, alter cessat dare, nullum aliud superest remedium, quàm ut ei, qui fecit, danda sit actio de dolo*; CUM NEGARI NON POSSIT, QUIN DOLO FACIAT IS, QUI CESSAT DARE, CUM ALIUS EX PARTE SUA IMPLEVIT. Sic igitur differit Paulus. Qui dedit, sed dedit mihi rem alienam, is hoc vel sciens & dolo, vel ignorans & sine dolo fecisse potest. Sed qui plane dare non vult, cum alter implevit quod dictum erat, non potest non fecisse dolo: Nec proinde ibi distinctio prior usu venit, sed actio de dolo semper habet locum.

4. Sed hic una suboritur objectio, cujus & *suprà* meminimus, insigniter difficilis. Non datur actio de dolo, cum alia civilis actio parata est *l. 4. d. dol. mal.* Cur igitur in specie facti, quæ civilem actionem parit, actio de dolo cessare facit actionem civilem; cum potius hæc de dolo actionem excludere deberet? *Dici certe non potest*, ait Faber, *quantum hic se torqueant & antiquiores & recentiores Interpretes, adeò ut putet Castrensis, nec si Paulus ipse revivisceret, futurum tamen, ut nodum hunc posset dissolvere.* Ipse nullum aliud respondendi medium invenit, quam, in versu *si sciens dedi*; ubi de do ut facias tantum Juliani sententiam referri à Paulo, quam ut erroneam Mauricianus reprehenderit in *d. l. 7. §. 2. d. Pact.* Quæ responsio nihil ad solutionem adfert. Paulus enim illic ita scribit ex Juliani sententiâ, ut facere solent, aliorum laudantes sententias Jurisconsulti easque probantes. Dein Mauriciani censura in Julianum, quæ est in *d. l. 7. §. 2. d. Pactis.* non attingit hunc casum, si dolus ejus qui dedit, intervenerit: Ideoque nihil ad hunc articulum pertinet. Denique, Paulus ipse diserte in ultimis verbis, de quibus nunc agimus, ubi de Facio ut des loquitur, absolute, & sine ullo ad Julianum respectu, adfirmat, ex Facio ut des nullam dari civilem actionem, ideoque de dolo esse dandam, quod cum ex certissimâ negotii naturâ generali secus se habeat, eadem & hic manet difficultas. Mihi sic videtur esse respondendum: Illa regula; Doli actio non habet locum, ubi civilis actio competit, hanc patitur exceptionem; *Si dubitetur, an civilis sit l. 7. §. 3. d. t.* quemadmodum in hac specie dubitari & dubitatum fuisse, palam est ob oculos. Cessat actio doli, cum alia competit ordinaria civilis aut honoraria *d. l. 1. §. 4.* Sed extraordinaria vaga & incerta, qualis est præscriptis verbis actio, non expellit actionem doli. Potius, ubi dolus est certus, hæc incerta & extraordinaria cessat actio, ut de dolo agatur indubitato. Atque in hac sententia, Paulum & Julianum fuisse tam palam est è verbis hujus textus, ut nihil possit esse manifestius; Ratio autem quam dedimus, ejusmodi esse videtur, ut propterea vel Pauli sententiam eludi, aut verba textus lacerari, nihil opus esse videatur. Omnia denique in eo desinunt, ut Eunomia distinctionem recipiat; Aut in Facio ut des, posteaquam feci, alter dedit, sed male, verbi gratia, rem alienam: aut plane non dedit. Si prius, distinguit iterum Eunomia; Vel dedit rem alienam sciens & dolo, vel ignorans & bonâ fide.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XX.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.



Eceffit nobis ingens Auctor argumenti Cenforii, in opere vafto, *Antonius Faber*, qui ultra Librum XIX. Pandectarum *Rationalia* fua, in quibus crebro ad Cenfuram Juris Juftinianæi digreditur, non perduxit. Qua re melior, an deterior operis hujus conditio futura fit, nondum conftitui. Minus certe prolixi & minus obfcuri pofthac videmur effe futuri. Quid alii Cenfuræ Magiftri fuppeditent, quatenus nobis conftat, videbimus: Etiam Fabro aliquando, ex aliis ejus operibus in fcenam redituro. Det modo Deus O. M. corporis animique alacritatem, & ab infultibus Quartanæ autummnalis liberationem tempeftivam!

Ulpianus Lib. LXXII. ad Edict.

Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve fit, ea non continebuntur, quæ verifimile eft, quemquam fpecialiter obligaturum non fuiffe. Utputa fupellex, item veftis relinquenda eft debitori. Et ex mancipiis quæ in eo ufu habebit, ut certum fit, eum pignori daturum non fuiffe. Proinde de minifteriis ejus perquàm ei neceffariis, vel quæ ad affectionem ejus pertineant. L. 6. d. Pignor. &c.

1. Eft genus Cenfuræ, quo fe Pragmatici jactant, toto genere à Fabriano diverfum, qui certa Juris Romani capita ab ufu temporum remota, non jure *pofitivè* contrario, fed quafi ob rationis inopiam & experimentum utili-

tatis oppositæ repudiant, & nigro theta notant: à nobis minimè negligendum, quia satis constat, hanc arbitrariam æquitatis Censuram, longe maximam Juris prudentiæ stragem, usu gentium, quæ Jus Civile receperunt, intulisse, quam proinde ut salvâ veritatis tesserâ, amoliamur, opera danda est enixè.

2. Autumnus *ad h. l. 6. Scientiam præstare volo Juris & legum, quibus utimur*, inquit, *E quibus non est hoc Ulpiani responsum.* Quippe *nostris & aliorum moribus generali rerum obligatione suppellex, & id genus alia continentur*, addit Groenewegius, ex Mornacio, Paponio aliisque. Ratio illis est in promptu, quod nihil rationi magis sit consentaneum, quam ut sub nomine generis omnes Species contineantur, quo nihil in Dialectica certius: In civili doctrinâ sæpe fallit hæc regula, quia infinita singularia diversas utilitatis rationes omni die forensi experientiâ suppeditant. Proinde rationem dialecticam Lex hac in re, inductione suâ facile adæquat, imò vincit: Hypotheca verbis generalibus concepta referri non debet ad ea, de quibus debitor cogitasse non videtur, est ipsum Rationis & æquitatis dictamen. Et quis eum cogitasse dicet è verbis universalibus, de rebus, quas specialiter obligaturus non fuisse præsumitur? Ecquis præsumat, eum specialiter pignori dare voluisse res, quibus ægerrimè carere potest? Id ex ejusmodi languidâ oratione generali civilis ratio nullo modo colligi permittit: Οἱ καθόλου λόγοι κενώτεροι, dictum Aristotelis, & forensis usus inprimis est: *Generalia dicta minus efficacia* sunt. Nec est quod hanc civilem rationem, dialecticâ generis de speciebus singulis prædicatione, subactam putemus. Nam quod de Galliæ moribus Autumnus & Mornacius adserunt, hanc Legem obsolevisse, diversum de Germanis aliisque nationibus, secundum Jus civile, docent & firmant prudentissimi Scriptores, Berlichius, Pinellus, Carpzovius, Neguzantius, Bachovius, Mozzius, Matthesilanus, aliique laudati Brunnemanno *ad hanc L.* quos inter & Frisii sunt apud Sandium *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 9. qui etiam ampliant hanc positionem, ut, tametsi addita sint obligationi generali hæc verba; *nullis rebus exceptis*; tamen ea quæ necessarii usus sunt, ut suppellex, vestis, libri hominis studiosi, & similia comprehensa non videantur: Quia per hæc verba non desinit esse generalis oratio, & illa formula *nullis rebus exceptis*, à partibus aut à Tabellionibus negligenter, è consuetudine styli, sine speciali animadversione subjiciuntur ad exegesin τῦ generalis. Huc facit, quod aliqui inter sermonem universalem & generalem sive indefinitum distinxerunt, quam rectius improbat divisionem Brunneman. ex Pinello, Neguzantio & aliis *ad h. l. 6. in fin.* Sed in hypothecâ tacitâ cessare definitionem hujus L. cum illa non pendeat à præsumptâ volunrate debitoris, facile concessum, & à nobis observatum est *in Prælect. ad Tit. ff. In quib. caus. pign. tac. à pr.*

Ulpia-

Ulpianus Lib. LXXIII. ad Edict.

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatæ essent: singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur. Inter ipsos autem si quæstio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem. Dabitur enim possidenti hæc exceptio, Si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset. *Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur: utilem actionem competere & inter ipsos, & adversus extraneos: per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli L.* 10. *d. Pignor. & Hypoth.*

1. Posteriorem hujus Legis partem, vel potius mediam negant æquitati & moribus hodiernis esse consentaneam Autumnus & Groenewegius: qui volunt inter creditores jure pares etsi id actum non sit, expresse videlicet, hypothecam pariter esse dividendam. Groenewegius etiam ex ipsâ Juris Civilis ratione refellit hujus L. definitionem, quæ vult, quod possidentis melior sit conditio, quando pignus utrique pariter in solidum est obligatum. Cum enim is, qui auctore Prætore possidet, cæteris Creditoribus non præferatur *L. Cum unus* 12. *d. Reb. auctor. jud. possid.* idem in eo, qui propriâ auctoritate possessionem nactus est, multo magis quis dixerit, *arg. l.* 13. *Quod met. c.* Hæc Groenewegius. Sed responsio est à Creditoribus chirographariis & personalibus, quales in *d. l.* 12. ad hypothecarios hac parte non valere consequentiam. Hypotheca dat jus retentionis, quæ omnium facillime Creditori, licet non optimo jure hypothecario, datur *l.* 1. *in fin. pr. d. Pignor. & hypoth.* Præter quod in *l.* 12. nemo possedit, sed qui non possidebat, decretum possidendi impetravit, quod omnibus ex æquo prodesse dicitur. Alioqui nihil est notius, quam in pari jure, quod hic traditur, potiorem esse possidentis causam; Et hoc esse jus possessionis, quod illa suo loco maneat, quamdiu alius jure potiori illam non evincit & avocat *l.* 9. §. 4. *in fin. d. Publ. in rem act. l.* 1. *C. Unde Vi.* Quid ni igitur, hodieque servetur, quod hoc loco traditur; si duobus idem jus pignoris acquisitum sit, eum qui possidet, alteri esse præferendum? Nec eâ de re dubitat Brunnemannus *ad h. l.* & quos ille citat. Plane, quod Autumnus monet, decreto Senatus Parisini prælatum esse in hac specie illum, cujus libelli obligatorii Actis publicis erant inserti, non derogat huic Legi, nec aliud obtinet in pluribus Europæ locis, ubi jus Prælationis non modo iis, qui tempore pares, sed etiam qui posteriores sunt, acquiritur, ex insinuatione in Acta Publica, ut nominatim constitutum est Jure Frisico *lib.* 1. *tit.* 10. Cæterum, quod Antonius Faber fieri posse negat, ut eadem res duobus in solidum pignori obligata sit, ideoque & hunc §. à Triboniano vult esse corruptum *Decad.* 21. *c.* 9. refellitur à Bachovio *lib.* 3. *De pignor. c.* 3. *in pr.* & videbimus *ad l.* 16. §. 8. *h. t.*

Marcian. Lib. ſingul. ad formulam Aypothecar.

Si ἀντίχρησις, i. e. mutuus pignoris uſus pro credito, *facta ſit; & in fundum, aut in ædes aliquis inducatur: eouſque retinet poſſeſſionem pignoris loco, donec illi pecunia ſolvatur. Cum in uſuras fructus percipiat, aut locando, aut ipſe percipiendo, habitandoque. Itaque, ſi amiſerit poſſeſſionem, ſolet in factum actione uti. Lex* 11. §. 1. *d. Pignor.*

1. Conventio, quâ Creditor fundum pignori traditum accipiens, uſurarum vice fructus percipit, jure Canonico damnatur & injuſtitiæ arguitur. Ideoque debito, id eſt, ſorte ſolutâ, fundum reddere jubetur Creditor *c.* 1. *c.* 8. *de uſur.* Nec mirum, quia nec ipſa uſura Jure Canonum toleratur. Sed eſt amplius in Antichreſi, quam in Uſura ſimplici; quia Creditor antichreſticus etiam pignori incumbit, juxtaque plenam ſecuritatem uſurario lucro potitur; quod ſolent facere Trapezitæ, quos vulgo *Lombardos* odioſum genus apellant. Quâre fieri videtur, ut cum uſurâ & Pignore nihil ſit frequentius, Antichreſis tamen rariſſimi uſus ſit: Cujus rei notabile argumentum habemus, quod in nullâ linguâ, præter Græcam, ejus nomen eſt receptum vel cognitum. Non Latinâ, non Germanica, Belgica, vel Gallica, opinor, aut neſcio qua nam aliâ vernacule Antichreſis appellari poteſt, cum alioqui rebus in uſu medio verſantibus nomina deeſſe non ſoleant. Verum enim vero ſi Uſura moderata Juſtitiæ non adverſatur, quemadmodum *ad Tit. de Uſuris*, probabitur, Cuſtodia & ſecuritas injuſtitiam addere non poteſt. Etſi verum eſt, uſum hujus conventionis eſſe rariorem, quia non facile homines adducuntur, ut poſſeſſione rerum ſuarum immobilium, ſalvo dominio, careant: cum ſecuritati Creditoris ſolâ obligatione hypothecariâ ſatisfieri poſſit. Si tamen fructuum perceptio non excedat legitimum uſurarum modum, cur ejusmodi pignus effectum habere non debeat, non tam ratio reddi poteſt, quam expeditum videtur, è tali hypothecâ, dari actionem quaſi Servianam, ſive actionem Hypothecariam.

2. Quid ſibi vult igitur, quod *in fin. h.* §. 1. actio in factum ex Antichreſi, quæ eſt in perſonam actio, dari dicitur? Cujacius Azonem ſequutus *in lib.* 3. *Obſ. c.* 35. *in fin.* Hypothecariam non excludi opinatur; quem refellit Bachovius, eumque rem nullo modo extricare notat, *in lib.* 3. *de Pignor. c.* 19. Atqui nec ipſe quicquam ſuppeditat certi. Poſtquam enim dixit, hanc in factum actionem dari non contra tertium poſſeſſorem, ſed adverſus ipſum debitorem, ſubjicit; *nihil tamen auſim adfirmare.* Mihi ſic videbatur; Pignus & Antichreſin eſſe duas res diſtinctas, & ex earum conjunctione naſci Pignus antichreſticum. Ex hoc hypothecariam actionem dari, non eſt ratio dubitandi. Sed in *hoc* §. 1. Antichreſin ſolam Creditor accepiſſe proponitur, hoc eſt, Conventio, quâ convenit, ut Creditor uſurarum loco certi prædii fructus percipiat eſt celebrata, nihil amplius. De jure pignoris nihil eſt dictum, & tamen ſine ſpeciali de Pignore conventione non conſtituitur expreſſum Pignus: Etſi, quando creditori Prædium conceditur, ad fructus in vicem uſuræ inde percipiendos, ea res *loco pig-*

noris

noris sit. Verum sine conventione de pignore non potest, inquam, actio hypothecaria nasci; Ideoque personalis in factum duntaxat, non contra tertium, sed adversus debitorem, qui illam conventionem debito principali adjecit, datur. De Pignoris jure constituto nihil hic est proditum. Nam quod attinet ad verba, *mutuus pignoris usus*, illa non sunt Marciani, sed interpretis, græcam vocem Ἀντιχρήσεως interpretantis: Quæ tamen nihil quam *mutuum usum* denotant; ab ἀντὶ *vice*, & χρῆσις *usus*. Grotius Antichresin vernaculè appellat **Weder-tocht** / vocabulo à se excogitato *lib.* 3. *Introduct. Holl. c.* 8. Nos aliquanto clarius, nisi fallor, **Pandtgenot** *lib.* 2. *Jurispr. Hod. c.* 48. *n.* 6. Si Græca vox esset vertenda, diceretur, **Tegengebruick** / quod non habet civilitatem.

Marcianus Lib. singul. ad form. Hypothec.

Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus: quàm computatio sortis, & usurarum faciebat: an, si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? quod ego, quantum quidem ad suptilitatem legis, & auctoritatem sententiæ, non probo. Semel enim causa transire videtur ad condemnationem, & inde pecunia deberi. Sed humanius est, non amplius eum, quàm quod revera debet, dando hypothecam liberare. l. 16. §. 6. *d. Pignor. & Hypoth.*

1. Hunc locum à Triboniano corruptum esse, non dubitat Anton. Faber, quasi additus esset integer versiculus iste; *sed humanius est, non amplius eum, quàm quod reverà debet, dando hypothecam liberare.* Itemque interjectis illis verbis, *Quantum ad subtilitatem Legis & auctoritatem sententiæ.* Non enim subtilitatem *Legis*, ut scriptum est sed *Juris* aut *legum*, scripturum fuisse Marcianum neque contra tam apertas Juris regulas responsurum, à quibus nec Interpretes ipsi se possint evolvere. Sic ille *lib.* 16. *Conject. cap.* 14. Primo, subtilitas illa Fabri, probantis hoc dictum, *de subtilitate legum*; vituperantis, quod *subtilitas legis* in numero unius dicatur, superat ipsam Triboniani subtilitatem, quam ab ipso commissam existimat, cum nihil sit usitatius, quam ut singulare, quod late patet, collectivè loco pluralis accipiatur. Sed in re ipsâ plus est difficultatis; Possessor pignoris Creditori condemnatus est in amplius, quam illi debetur. Rem judicatam pro veritate haberi, nec illam infringi aut eludi, gravissima Juris ratio & regula est *in l.* 19. *d. Stat. hom.* Hic autem humanius esse dicitur, possessorem non amplius, quàm quod reverâ debet, dando liberari. Quæ humanitas ita comparata est, ut Rempubl. subversâ auctoritate rerum judicatarum, labefactare possit. Supponit Faber, possessorem condemnatum hic à Martiano, an à Triboniano, penitus actione rei judicatæ liberari; Quod ad scopum ejus arguendumque Tribonianum qui spectet, parum animadverto. Nam si is qui condemnatus est, actione rei judicatæ penitus eximeretur, auctoritas rei judicatæ magis convelleretur aut ego nihil intelligo. Mihi vero cur hoc aut illud abscisse dicendum sit, etsi Interpretes invitos ad hoc fatendum cogi scribit Faber, non satis liquet. Videntur enim hæ res civilem recipere separationem, ut Hypotheca liberetur, & actio rei judicatæ non peni-

penitus cesset, tam quod ad causam attinet, quam quoad effectum. Causa majoris quam pro debito condemnationis est contumacia possessoris & jusjurandum in litem §. 2. *h. t.* cujus ratio mere personalis, à jure pignoris in re constituto discrepat evidenter. Sed quoad effectum major est instantia Fabri; *Et verò quis effectus esset ejus liberationis, quam Tribonianus inducit*, inquit, *invitâ jurisprudentiâ, si liberatâ jam hypothecâ, nihilominus judicati obligatio & actio adhuc superesset?* Quid hoc est? Nonne satis magna differentia est, inter actionem in Rem atque in personam? Atqui actio rei judicatæ personalis, & hypothecaria in rem est. Hypothecariam extingui soluto eo, quod debetur, ex intentione hujus actionis, quæ est, ut possessor vel pecuniam solvat, vel rem pigneratam restituat ex *hac l.* §. 3. omnibus constat. Proinde, si tum debitor rem alienet, tertius possessor amplius non tenetur, in rem actione, quippe soluto pignore per restitutionem debiti. Sed ipse vetus possessor in plus ob contumaciam condemnatus, actione rei judicatæ personali adhuc tenetur; Quod cur fieri non possit, ex iis quæ disputat Faber, nullo modo colligi non potest. Nec etiam cur, vel ista cola non sint Martiani, vel totus hic §. ut deinde concludit Faber, à Triboniano sit confictus; figmentorum ipse aliquanto audacior, quam is quem toties figmenti reum sine justâ causa peragit. Denique, si omnes *æquitates* & *humanitates*, ut Faber instituit, atque etiam hic loquitur, Veteribus à Triboniano sint injectæ, bene oportet hic adseruerit Imperatori suo, τὴν quâ sæpe gloriatur φιλανθρωπίαν, *humanitatem:* modo injectiones illæ non sint Arti Juris inimicæ, quemadmodum hanc non esse demonstravimus. Nam & maximæ è veteribus auctoritatis JurisConsulti habemus Juliani dictum, multa jure civili contra subtilitatem, imo contra rationem disputandi, pro utilitate communi recepta esse, idque innumerabilibus rebus probari posse *l.* 51. *Ad Leg. Aquil.* quemadmodum exempla toto Jure diffusa sunt. Adeo ut saluberrimi rem instituti exprobrare Triboniano sit πυρέσσειν & παρέλκειν, ac injuriosum non minus in eos qui excusantur, quam accusantur.

Marcianus Lib. singular. ad formul. Hypothecar.

Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat: utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quæritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum, utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit. Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim. Sed si simul illi & illi, si hoc actum est, uterque rectè in solidum aget: si minus, unusquisque pro parte. l. 16. §. 8. d. Pignor. & Hypoth.

1. Hunc etiam locum à Triboniano esse corruptum, & in juris rationes varie impingentem traducit Anton. Faber *Decad.* 21. *c.* 9. Et primo quidem posse eandem rem pluribus in solidum pignori obligari, quod hic est *in medio* §. ab illo negari, jam monuimus ad *l.* 10. *h. t.* Quod ne miremur, ab illo contra claros

claros juris textus sustineri, facit, quod ubique sibi hanc potestatem arrogat, ut contra signatas legum sententias, prætextu Tribonianeæ corruptionis (nam contra Veteres nihil audere se profitetur) serio suas rationes opponat. Quod etsi in scholis ac in foro, ubi Justinianæi corporis æquabilis valet auctoritas, meritò despuimus, ad hoc tamen institutum directè pertinet ejusmodi rationum discussio. Videamus igitur, quid eum moveat ad tam gravem censuram. Primum ejus argumentum est, quod pignoris & dominii sit eadem ratio. Dominium autem non potest esse duorum in solidum *l.* 5. §. *ult. Commod.* Ergo nec pignus. Sed propositio negatur, Alia est ratio dominii, & alia pignoris. Dominium facit, ut res tota sit in plena potestate liberâque dispositione, quod non potest duobus adscribi. Pignus est jus quidem in re, sed defectivum minimeque plenum, quod Creditori quæsitum non prohibet dominum, eandem rem alii jure pignoris obligare. Secunda ejus ratio, quod jus pignoris desinens in alienatione rei totius, à duobus nullo modo exerceri possit, est cavillatoria. Quis enim non videt, jus duorum in solidum non esse facultatem exercendi juris illius simul ab utroque in solidum; sed eum qui prior è duobus occupat actionem hypothecariam, solidum jus pignoris exercere, quemadmodum fit in duobus reis, quos etiam pignoris causâ constitui posse, fatetur ipse Faber.

2. Porro, an hic §. à Triboniano totus sit confictus, quod Faber putat, vel pro parte, ut ipse Bachovius arbitratur, non tam ad Eunomiam pertinet, quam, an bene se habeat, quod hic est collocatum. Etsi totum esse Triboniani, propter rationes sæpe deductas; quibus non videri præsumendum integra loca Pandectarum, ubi nihil ad novi juris rationem esset inflectendum, fuisse subornata demonstravimus; nullo modo in animum inducere possumus. Quæ verba sint adjecta, licet ex stylo facile colligi posse Bachovius adfirmet, mihi tamen loca plura non paulo magis detorta, quæ à nemine supposita arguuntur, oblata fuisse recordor; sed videbimus. Casus proponitur *in pr.* §. *Si duo pariter de hypothecâ paciscantur. Pariter* ibi significat, simul, una, eodem tempore, ut in illo Ciceronis, *Pariter cum vitâ sensus amittitur* 1. *Tuscul.* ne putemus τῷ pariter significari modum eundem, non tempus idem, quod Faber captat; Nam quod Bartolus & ex eo Gotofredus *hic*, τῷ *pariter* eundem significari diem duntaxat volunt, *inferius* examinabitur. Quæritur autem de duobus pariter hypothecam pactis, utrum pro partibus dimidiis, an pro quantitate debiti, jus in re pignoratâ habeant. Et respondetur, pro quantitate debiti: Faber; imo pro dimidiis, ut vult ratio Legum, quod Bachovius pene concedit, ex analogiâ juris; sed negat esse disputandum contra jus positivum. Ego duos pariter contrahentes, habere partes viriles, regulariter non nego; sed regulæ ad rerum naturam, non res ad regulas sunt exigendæ; nec fas est, superstitione præceptorum contra naturam causæ trahi, ut bene monuit Fabius. Hypotheca est accessio contractus alicujus principalis, ad quem se refert, & ad cujus quantitatem referre se videntur, qui simul, unâ, pariter hypothecam in securitatem sui cujusque debiti accipiunt. Quid est civilius, quam ut, si concurrant ad effectum securitatis ejus, servent eandem proportionem, quam inde ab initio sibi proposuerunt? Opponit Faber *l.* 10. §. 1. *d. Pign. act. Si pluribus res simul pignori detur,*

aequalis omnium causa est. Ratione temporis scilicet, quod alius alium non excludat, & aequalitate geometricâ, pro quantitate debiti. Obstat etiam *Lex* 10. *h. t. in fin.* ubi pars dimidia singulis, quibus in solidum res obligata fuit, addicitur. Sed ibi non habetur, diversam fuisse proportionem debiti, cui pignus accessit: Et partes simpliciter commemoratae, pares intelligendae videntur: praeter quod ibi expressum fuit, ut res singulis in solidum teneretur, cum in hac *l.* 16. §. 8. id expressum non sit, verum tacite à partibus id actum videatur, ut pignus quod pariter sunt pacti, singulorum debitis applicetur.

3. Sequitur in textu; *Sed uterque si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit?* Quilibet, inquit Bachovius *in d. lib.* 3. *de Pign. c.* 3. *non obtusae plane naris agnoscit hic stylum Triboniani.* Credo, si Faber iddixisset, contemneret: Quae sit illa Triboneitas styli, cum in re nihil arguat Bachovius, doleo, me non tam evidenter percipere, ut adseverare debeam, quod non facile credendum putem, nisi causa, cur id fecisset Tribonianus, ob oculos sit, ut Cujacius & Willembachius noster *in Emblematis Triboniani* demonstrare solent. An concisa interrogatio, qualis hic, in veteribus est insolens? Imo & obvia passim. Magis ad Eunomiam pertinet, quod Faber ait, hanc quaestionem esse otiosam & absurdam. Sed ipsum Bachovius arguit ineptiae, quod intelligat Quaestionem, de hypothecaria, deturne contra debitorem, an contra tertium Possessorem. Nec minus idem reprehendit Salicetum, qui putavit quaeri, pro quantâ parte agendum sit: Quod equidem à Bachovio notari miror. Est enim utique in ipsis verbis, *utrum de parte quisque, an de toto:* Ut adeò quid sibi velit hac notâ Bachovius, nesciam. Sunt aperte duae quaestiones *in hoc* §. Prima de concursu duorum creditorum, qui pariter hypothecam acceperunt, inter se: Ad quam responsum est, illos partiri jus pignoris, pro quantitate debiti. Altera quaestio est, quomodo singuli Creditores agant adversus tertium possessorem; Quo respectu, distinguitur. Aut uno die datum est pignus *separatim*, aut *simul illi & illi.* Si separatim, singuli contra tertium possessorem agunt in solidum. Si vero *simul*, iterum distinguitur. Aut hoc actum, sive expressum est, ut singulis in solidum res obligata sit, aut non est expressum. Si prius, singuli rursus in solidum agent adversus tertium: si posterius, agent pro partibus; quod ipsum est etiam *in l.* 10. *h. t.* Nec video quid hic sit, quod adversus censuras defendi non possit; tantum abest, ut manifestam Triboniani inscitiam (Marciano enim parcitur) inde liquere Fabro concedendum sit.

4. Ille supponit, in hoc loco, pignus, quod uno & eodem die, attamen separatim duobus constitutum est, eodem tempore constitutum censeri, ac ideo illos concurrere, nec discerni per hanc regulam, *Qui prior est tempore prior est jure*, licet unus ante meridiem, alter vesperi de pignore convenerit. Quam esse Juris & hujus loci sententiam, statuit etiam Bartolus *ad h.* §. & Hotomannus *de Pignor. c.* 4. *& in epit. h. n.* 2. *&* 12. Cujacius *de Praescript. temp. c.* 3. *in fin. & ad Paul. in l.* 20. *d. Pign. act.* Faber etiam, ut diximus. & Anton. Matthaeus *disp.* 14. *de Judic. th.* 25. Quin etiam Harmenopulus in *lib.* 3. *Prompt. tit.* 5. *in pr.* ita hunc locum intellexit, his verbis; Ἐὰν ἑνὶ τὸ αὐτὸ πρᾶγμα

a

πρᾶγμα ἐν μιᾷ ἡμέρᾳ ὑποτεθῇ, αἱ ὧραι προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι οὐ ποιοῦσι τινὶ αὐτῶν προτίμησιν, ἀλλὰ ὑπόκειται αὐτοῖς κατὰ ἀναλογίαν τοῦ χρέους. Si duobus una eâdemque die res eadem pignori obligata fuerit, horæ præcedentes aut subsequentes neutri illorum tribuunt prærogativam; Sed res illis tenetur secundum proportionem debiti. Si talis est sententia hujus loci, fatemur, eam non posse cum Eunomiâ conciliari. Nam regula Juris notissima, de pignoribus; *Qui prior est tempore, potior est jure*, non tantum ad dierum, sed etiam ad horarum discrimina spectare debet, eaque merito est observantia Fori: Cum horæ spatium sit æquè tempus quam diei, & qui præcedit aliquem horâ, vel quadrante, tam sit ante sequentem, quam qui toto die antecedit. Apud nos Prælatio hypothecaria non tantum ex tempore contractus, sed etiam contra tertium à tempore insinuationis in Acta Publica colligitur; Quæ sæpe post obitum vel cessionem è foro, cum festinato concursu & impetu fit; nec dubitatur, quin etiam minutis & momentis prioritas temporis æstimetur. Usu venit hic Franekeræ, ut cum Vir quidam dives habitus, sed multo clam ære alieno gravatus, fidei labem pateretur, & Creditores undique ad Insinuationem curandam properarent, duo pariter in Curiam inrumperent. Unus prior instrumentum suum manu præferens Scribæ porrectum ibat: alter à tergo edita voce, offerre se obligationem suam in Lucium Titium actis insinuandam proclamavit. Et pro hoc esse jus prioritatis existimatum est, quod ex solo gestu sciri non poterat, qua gratiâ alter suum instrumentum præferret. Proinde quid absurdius, ait Bachovius, quam ut concurrat in pignore, qui v. gr. sub vesperam accepit pignus, cum eo, qui accepit sub auroram? Regula de tempore nititur hac ratione, quod hypotheca sit jus in re, imprimens ei characterem, incontinenti suum habentem effectum, qui dein alio charactere, sive diu, seu brevi postea impresso deleri vel anteverti non potest.

5. Verum enim vero ex iis, quæ dixi, sponte jam liquet, non esse talem hujus loci sententiam. De concursu enim eorum, qui simul acceperunt hypothecam, & de partiendo ejus proventu actum est in *priore parte* §. dictumque, faciendam esse divisionem pro quantitate debiti: Quod supponit, utrumque ratione temporis esse parem. Quæ sequitur distinctio, non ad concursum sive jus Prælationis, sed ad modum agendi pertinet. In quo tamen illud unicum minus commode situm est; quod cum in principio proponatur Quæstio de his, qui *pariter* acceperunt hypothecam, hic ejusdem diei fit mentio. Ut tamen disertè distinguatur inter duos, qui separatim, & qui simul hypothecam pacti sunt: Argumento certissimo, quod *uno die* non sit idem cum *simul*, aut eodem tempore; sed quod etiam pignus uno die separatim à duobus accipi possit; quod ad hanc partem Censuræ amoliendam sufficit. Quod casus in re sponso ad posteriorem Quæstionem paulo secus, quam in priore sumitur, non est quidem summæ exactitudinis, at tamen efficere non potest, ut secundæ quæstionis solutio rapiatur ad priorem. Accursius bene vidit hanc veritatem, qui τὸ SI eodem die, interpretatus est per *quamvis*; Quod Bachovius arripiens ad emendationem provexit, ut pro *Si*, legatur, *etsi*, hoc sensu, quod duo separatim accipientes pignus, etsi eodem die, contra tertium possessorem singuli in solidum agere possint *d. lib.* 3. *de Pignor. c.* 3. Non repugno, quominus hac conjectura, quibus placet, utantur.

Mar-

Marcianus Lib. singul. ad formul. Hypoth.

Potest ita fieri pignoris datio hypothecæve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio tunc æstimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio, & ita Divus Severus, & Antoninus rescripserunt. L. 19. §. ult. d. Pignor. & Hypoth.

1. Quod hic indicat Martianus, Pignoris Hypothecæve dationem ita factam, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, res Creditoris fit propria, non aliter valere, *quam si justo pretio tunc æstimetur*, arguitur esse contra veritatem historicam ejus temporis, quo scripsit Marcianus. Fuit enim apud Veteres in usu Fiducia, quæ fuit Pignus, quod Creditori mancipabatur, aut in Jure cedebatur, eâ lege, ut solutâ ad diem pecuniâ, remanciparetur, non soluta Creditori pleno jure committeretur, id est, amitteretur Lege Commissoriâ, ut docet Cujacius *ad lib. 2. sent.* Pauli *tit.* 13. & ipse Paulus *ibidem.* Non poterat autem mancipatio vel in jure cessio fieri, sub hac conditione, vel temporis adjectione, uti postea res æstimaretur; Quia actus legitimi, quales sunt mancipatio & in Jure Cessio, conditionis vel temporis adjectione vitiantur *l.* 77. *d. R. J.* Dicat aliquis; In ipsa definitione Fiduciæ continetur utique conditio. *Si ad diem pecunia solvatur, res remancipabitur; Si non solvatur, res pleno jure Creditori committetur:* quod est verum. Ac ideo dicendum, Actus Legitimos repudiare diem & conditionem, quibus actus suspenditur, non quibus statim initur Actus & sub conditione *resolvitur*, ut est hæc resolutiva conditio quod ad intellectum *d. l.* 77. velim observatum. Certum igitur est, tempore Martiani Pignus aut Hypothecam ita potuisse dari, ut, si pecunia credita die dictâ non solveretur, res propria Creditoris esset, absque novâ æstimatione tum faciendâ; cujus nulla mentio fit apud Paulum, nec alios Cujacio ibi laudatos. Unde igitur hæc adjectio, scilicet, *justo pretio tunc æstimandam?* Scilicet, Constantinus Imperator *in l. ult. C. de Pact. pign.* vetuit, ita pignus aut hypothecam dari, *ut, si ad diem pecunia non solvatur, res sit propria Creditoris*, cujusmodi pactum *Lex Commissoria* dicitur. Cujus asperitatem ita suo tempore crevisse testatur Constantinus *in d. l. ult.* ut in posterum omnem ejus memoriam aboleri voluerit. Quod si pactum illud ita temperetur, ut res non pro creditâ pecuniâ simpliciter addicatur, sed eo pretio, quod elapso tempore, definitum fuerit, boni Viri arbitratu, nihil acerbi est in tali Pacto; Nec proinde videtur ambigendum, quin hæc verba, *justo pretio tunc æstimandam*, à Triboniano, ex *d. l. ult.* adjecta fuerint, ut censet etiam Wissembachius noster *in Emblem ad b. Tit.* & suspicatur Bachovius *in tract. de Pignor. lib.* 1. *c.* 15 *n.* 5. *in fin.* Nec enim prohibitum fuit, debitorem vendere pignus Creditori ex post facto, ut probat *l.* 12. *d. Distract. pign. l.* 20. §. *ult. d. Pign. act. l.* 9. *Quib. mod. Pign. solv. l.* 10. *vers. sane C. de Distract. pign.* Concesso igitur, hanc adjectionem non convenire temporibus Marciani, de ratione tamen Eunomicâ non est, quod laboremus. Fecit Tribonianus quod facere debuit, convenienter præcepto-

cepto Imperatoris sui, ut jus vetus ad novi rationem flecteret & temperaret; sine metu confusionis, si modò quis novi juris gnarus, id actum in compositione Pandectarum meminisset, ut non tam è nominibus præscriptis, quam ex ejus temporis historiâ Juris, excerpta Pandectarum acciperentur. Adde quæ dix. *in Prælect. ad h. t. n.* 1.

Ulpianus Lib. xv. ad Edictum.

Pignoris persecutio in rem parit actionem Creditori l. 17. d. Pign.

1. Regula generalis conveniens æque Pignori propriè dicto quam Hypothecæ *l.* 5. §. 1. tàm mobilibus quam rebus soli, ut fundis & domibus, sicut omni hoc Titulo pignus non modo de rebus immobilibus, sed æquè vel magis etiam de mobilibus usurpatur. Sed ab usu Juris Romani vehementer abhorret hujus seculi judicium, quo nihil magis ad turbanda commercia & intricandas hominum actiones facere videtur, quam quod res mobiles aliis obligatæ per conventionem pigneratitiam vel hypothecariam, nonnisi cum onere suo alienentur, & à quolibet possessore per hypothecariam a vocari possint. Satius visum est uti hac regulâ, *Mobilia non habere sequelam.*

Modestinus Lib. xxx. Regul.

Pignoris obligatio etiam inter absentes rectè ex contractu obligatur. l. 23. §. 1. *d. Pignor. & Hypoth.*

1. Quid hoc est, *obligatio* pignoris *obligatur?* Antonius Faber vellem diceret, à Triboniano id esset, an à Modestino. Et si ab hoc sit, velim parcat innumerabilibus argumentis ab ineptiâ styli, quibus toties arguit Triboniani manum, etsi multo quam hoc est, minus ineptis: Ne semper à veteribus nihil elegantius proficisci potuisse credamus. In re ipsâ parum est difficultatis, etsi Gotofredus *in not. ad h. l.* nectat indissolubilem nodum ex *l.* 11. §. *pen. d. Pign. act.* quem facile solvat, qui cum tralatitio jure, quod alii per alium obligatio non acquiratur, contulerit ea, quæ Bachovius *in lib.* 1. *de Pignor. c.* 3. collocavit.

Modestinus Lib. iv. Responsf.

Pater Sejo emancipato filio facilè persuasit, ut, quia mutuam quantitatem acciperet à Septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius ejus, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandæ. Quærebatur, an Sejus inter cetera bona etiam hanc domum jure optimo possidere possit, cum patris se hereditate abstinuerit: nec metuiri (metuerit) *ex hoc solo, quod mandante patre manu sua perscripsit instrumentum chirographi: cum neque consensum suum accommodaverat patri, aut signo suo, aut alia scriptura. Modestinus res-*

respondit, cum suâ manu pignori domum suam futuram Sejus scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est. l. 26. §. 1. d. Pignor.

1. Durum & iniquum hujus loci jus videtur *Autumno:* Filium eo solo, quod Patri ministerium scribendi obligationem mutui, cum hypothecâ suæ domus adhibuisset, in oppignorationem ejus consensisse videri, eumque sine alio voluntatis actu validè teneri. Iniquum esse, ut obsequium reverentiæ paternæ, filio noceat, præsertim cum ipse Modestinus alibi diversum sentire videatur. Nam in *L. Gajus* 39. *d. Pignor. act.* scribit, nullum præjudicium sibi fecisse Gajum Sejum, ob id solum, quod testis & signator ejus testamenti fuerit, quo Creditor Lucius Titius scripserat, se fundum ab eo emisse, quem non emerat. Et idem Modestinus *in L. Titia* 34. §. *Lucio* 2. *d. Legat.* 2. docet, eum, cui prædium per fideicommissum relictum est nihil sibi præjudicare in causâ fideicommissi sibi relicti, si divisioni ejusdem prædii factæ inter coheredes quasi testis adfuerit, & divisionis instrumentum obsignaverit. Secundum hæc, cum filius, ut testis subscripsisset instrumento venditionis factæ à matre, nihil eum sibi in in petendo retractu præjudicasse, censuit Senatus Frisiorum apud Sandium *l.* 3. *tit.* 4. *def.* 8. Hæc adeo æquitate vincere visa sunt ea, quæ in hoc textu scripta sunt; ut Autumnus more Fabriano, truncatum putet Modestini responsum à Triboniano: sub hac tamen cautione reverentiæ, quam procul habet Faber, *quod pace tanti Viri dixerim*, inquit, *qui in disciplinâ Juris atque in Legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientiâ, usu, auctoritate illustri fuit.* Truncatum vero Modestinum putat eo, quod is scripserit, etsi filius consensisse videatur, idcirco tamen creditorem non potuisse domum quasi pigneratam possidere, vel hypothecariâ persequi. Sed cum hypotheca solo consensu fiat *l.* 4. *h. t.* non potest negari, quin posito consensu, hypotheca suum quoque effectum habeat; ideoque nihil minus probabile est, quam id à Modestino fuisse scriptum, quod & à Triboniano putat ademptum esse *Autumnus.*

2. Pro Modestino, sive ejus loco, ut hic situs est, tam antinomiæ quam Eunomiæ causâ dicendum est, interesse multum, scribat aliquis instrumentum, etsi jussus aut rogatus, an subscribat tantum. Si totum scribat, aut saltem eam partem instrumenti, quæ ad ipsius præjudicium pertinet, consentire contra jus suum intelligitur, ut *hic* legimus, & liquet ex eo quod leges statuunt de his, quæ aliquis in testamento sibi ipse adscripsit, legatum haberi pro non scripto; & scribentem falsi nomine teneri *l.* 1. *d. His quæ pro non script. l.* 1. *C. eod. l.* 1. §. *ad Testamenta Ad L. Cornel. de fals.* cum tamen qui testis subscripsit testamento sibi non præjudicet §. 11 *Inst. de Testam. Ord.* Proinde qui subscribit tantum instrumento, facit hoc ut particeps & approbator. Si hoc, præjudicat sibi, quo refertur etiam *l.* 9. §. 1 *Quib. mod. Pign. sol.* non æquè, si prius. Nec aliter in Foro putem observari vel observandum. Etsi Autumnus hoc Modestini responsum apud Judices Francos *relinqui & abolescere* scribit. Sed hac parte fidem ei derogat Anton Mornacius, qui *ad hanc L.* à senatu Parisino judicatum esse, & pronuntiatum ita refert in purpuris, ad Paschales ferias *die* 21 *Martii an.* 1581. Wilhelmum Payenum Notarium fuisse adbibitum scribendo Hypothecæ instrumento in bona debitoris, qui & ipsi erat

rat obligatus, & in cujus bona habebat hypothecam anteriorem, eumque excidisse jure πρωτοπραξίας, quo alias creditorem, cui instrumentum perscribebat, anteire proculdubio debuisset. Quod certe longius ab argumento hujus Legis remotum fuit, quam quod hic traditur. Notarius enim nihil de suo jure scripserat, nec quicquam suo juri adversum. Ideoque non puto id *hujus loci* auctoritate passim valiturum. Sed è pluribus à Mornacio subjectis exemplis, magis eò Senatus spectasse videtur, quod officium Notarii fuisset, cum à quo adhibebatur, monere periculi, quod ex antiquiore hypothecâ immineret: Maxime, si pignus speciale fuisset in unam eandemque rem constitutum. Quod tamen ipsum an pari severitate alibi à Notariis exigeretur, non habeo adfirmare vel negare; modo fraus absit à Notarii conscientiâ.

Paulus Lib. II. Sententiar.

Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratæ, ad modum legitimum, usuras retinere. L. 8. In quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.

1. Sententia hujus loci est, quam exponit Cujacius in *lib.* 8. *obs.* 17. ut si quis pecuniam, sine conventione de Usuris, mutuo dederit, creditor è fructibus rei sibi pigneratæ, ad modum legitimum, usuras retinere possit. Quis est modus ille legitimus? aut ubi Lex usurarum modum determinans? Est in *l.* 26. *C. de Usur.* quæ est Justiniani, tribus seculis Paulo recentioris. Olim quaslibet usuras stipulari licebat, tempore Pauli, inquam, etiam Centesimas, ut exemplo vidimus in *l.* 40. *d. Reb. Cred.* Enimvero antiquissimis temporibus usurarum modum fuisse coercitum satis constat. Nam primo XII. Tabulis sancitum, ne quis *unciario* fœnore amplius exerceret, hoc est, proportione unius ad centum in anno, cum antea ex libidine locupletium agitaretur. Dein rogatione Tribunitiâ ad *semuncias* redactæ sunt usuræ, id est, 24. pro C. Sed usu paulatim sunt obsoletæ leges, & jam tempore Ciceronis infinita licentia rursus obtinuit, ad centesimam usque, uti nec usuris usurarum parceretur, quibus ipse Bruti res agens Scaptius in Cilicia contentus non erat, ut narrat Attico Tullius in *lib.* 6. *ep.* 3. Emblema igitur hic Triboniani? Non videtur; etsi non dubitat in simili D. Wissembachius *ad l.* 1. *d. Usur.* Fuit enim & olim modus quidam legitimus usuræ. Non licuit enim tempore Pauli capere usuras ultra centesimas, exceptâ pecuniâ trajectitiâ, ut ipse Paulus indicat in *lib.* 2. *Sent. c.* 14. quâ de re Duaren. 2. *disp. anniv.* 3.

2. Profligata igitur emblematicâ difficultate, plus Eunomia desiderat in hoc textu, ita ut diximus, exposito. Mutuum est contractus beneficus, in quo, ut sæpe diximus, usura non habet locum, nisi per separatam stipulationem. Hic vero id expressum est, gratuitam debitori datam esse pecuniam. Accessit pignus; hoc etiam ejusmodi est, ut creditor nihil exinde lucri percipere possit, nisi diserte aliter convenerit *l.* 11. §. 1. *h. t.* Nihil hic ejusmodi. Unde igitur hoc, quod Creditor è pecuniâ gratuitâ fructus ad modum usurarum, qui per legem

legem fit maximus, retinere possit? *Atqui cum pecunia gratis utenda datur, & accipitur, ab utriusque mente est alienum, ut usuras habeat creditor, & fructus pro iis retineat. Quin prorsus non ferendum est, ut ita circumveniatur miser debitor, & dum se gratuitam pecuniam habere putat, gravissimis usuris subjiciatur*, sunt verba Bachovii 1. *de Pign.* 14. *n.* 4. Qui ob has rationes à veteribus ante Cujacium, negat ex hoc textu, agnitam esse antichresin tacitam, sive perceptionem fructuum è re pignoratâ, si de illa specialiter inter partes non convenerit. Quid tum ad hunc textum? Fabriano more diceret aliquis, à Triboniano esse confictum, tam propter modum usuræ legitimum, de quo *superius*, quàm ob constructionem *τῦ Cum*, quod cum hic non pro quoniam, sed pro *Quando* sumatur, conjunctivo tamen præter morem jungitur, cujusmodi rationes Fabro toties dedisse causam subornationes arguendi Tribonianæas, antea vidimus. Sed nos talibus refellendis potius, quam adstruendis operam dedimus & dare cupimus. Æquè aliena ab idoneo sensu est ratio, quam Bachovius ex antiquis Doctoribus defendit; intelligendum esse hunc locum de usuris ex pacto debitis: Talibus enim minus convenit appellatio *gratuitæ* pecuniæ, quam fructuum ex re pignoratâ perceptioni. Convenientius sensui recto putavit Hotomannus 1. *obs.* 6. legendum esse, *cum debitor NON gratuitâ pecuniâ utatur*. Sed rursus alii, non cohærere, monent, ut ideo fructus pignoris à creditore percipiantur, quia debitor non gratuitâ utitur pecunia. Sic enim bis mulctaretur debitor. Vel si dicas, non fuisse quidem conventum de quantitate usurarum, fuisse tamen expressum ut ne gratis haberetur pecunia: nihilo magis vetet alios dicere, cum de usuris contrahentes non convenerint, ideo dici pecuniam *gratuitam*. Quia tamen raro fit, ut notabiles pecuniarum summæ credantur usu gratuito, non est præsumptu alienum, ex eo quod pignori data fuit res frugifera, contrahentes id egisse tacitè, ut fructus usurarum vice, quatenus lege permissæ sunt, à creditore perciperentur, eamque esse communem Interpretum opinionem usu Fori receptam, testatur Hunnius ad *Tr. de Pignor. Qu.* 37. Carpzov. *p.* 3. *Const.* 30. *def.* 40. Brunnem. *ad h. l.* 8. aliique ab illo citati. A multis limitatur hæc Antichresis tacita, ut non incipiat, nisi à tempore moræ, ut refert Gotofredus in *not. ad h. l.* 8. Quod etsi duritiem minuat, juris tamen ratione destituitur, quia Antichresis Mutuo solet accedere, quod non recipere præstationem usurariam à Morâ, quæ tantum in bonæ fidei contractibus operatur *l.* 32. *d. Usur.* satis constat.

3. Quod jam attinet ad rationes Eunomicas superius objectas, opus est repetere, quod de Mutuo & de usuris ad *l.* 26. *suprà de Condict. Indeb.* demonstravimus; usu Gentium & Commerciorum vix in usu esse Mutuum illud mere beneficum, majoribus pecuniarum summis; ideoque usuras facile præsumptionibus, quæ sunt anticipationes ejus, quod plerumque ab hominibus agitur, admitti solere. Unde non potest insolens videri jus hujus loci, quod simplici & primævo Mutui usu considerato, duriusculum & minus expectatum videri posset.

Scæ-

Scævola Lib. VI. Digestor.

Tutoris hæres cum herede pupilli transactione facta, cum ex ea majorem partem solvisset, in residuam quantitatem pignus obligavit. Quæsitum est, an in veterem contractum jure res obligata esset. Respondit, secundum ea quæ proponerentur; obligatam esse. L. ult. In quib. caus. pign. vel Hypoth. tac.

1. Groenewegius *ad h. l.* Priori obligatione transactione finitâ, *inquit*, in veterum contractum res obligatas non esse, ideoque & hanc legem abrogandam, censet Autumnus *Confer. des Droicts. hic.* Hæc ille. Non potest negari, jus satis arbitrarium & paradoxum esse, quod hic traditur. Heres Tutoris conventus ab herede pupilli de administratione a defuncto Tutore habitâ, transegit cum herede pupilli (idem esset, cum pupillo) & cum majorem pecuniæ promissæ partem solvisset; in reliquum pecuniæ pignus obligavit. Non est dubium, quin hypothecaria detur ad effectum transactionis; sed ait JurisConsultus, *rem in veterem contractum*, id est, Tutelæ actionem, de quâ transactum fuerat, esse obligatam. Duæ res hic indicantur: Prima, quod Transactione non servatâ, vetus actio duret; Altera, quod obligatio pignoris Transactioni adjecta, producatur ad veterem illum contractum Transactione solutum. Prior non est in his verbis explicita positio, verum supponitur: Nec enim aliter in veterem contractum Pignus, nisi ille superesset, obligatum esse posset. Et hæc quidem positio bene habet, si nulla per transactionem facta sit novatio, nec aliud quam pactum fuerit: potest enim qui remisit actionem, promisso aliquo, non dato, ut convenerat, veteri actione experiri *l. 27. in pr. d. Inoff. Testam.* Sed unde tum pignus & actio hypothecaria ad hunc contractum, qui non habuit pignus, accedit? Pignus adjectum fuit Transactioni: Ex hac non agitur, hæc omittitur; Ergo & pignus ei adjectum omittitur; quia sublato principali, ut habet regula, tollitur accessorium. Respondetur, etsi de facto omittitur actio ex Transactione, non tamen ideo tolli jus ipsum Transactionis, nec adeò Pignus ei adjectum: sed ut vetus actio cum mentione Transactionis initæ, non servatæ, superest, ita quominus etiam pignoris obligatio Transactioni adjecta tunc usum habeat, à tacito partium consensu non est alienum. Æquitati convenire talem pignoris reductionem à Transactione ad ipsum negotium, de quo transactum est, nemo neget. A tacito consensu nihilo magis, eamque taciti pignoris justam & unicam esse causam ex omni hoc Tit. constat.

2. Sit igitur hæc utilis observatio, Creditorem personalem per Transactionem hypothecâ sive pignore firmatam, licet ex priore contractu actione merè personali agat, esse tamen & fieri Creditorem Hypothecarium. Nolim igitur cum Brunnemanno ad *hanc L.* laudante Balduinum *de Pignor. c. 7.* causam hujus Juris hanc reddere; quod in hoc casu Tutoris bona prius erant obligata. Sic enim nihil opus erat, à Transactione Pignoris obligationem, ad priorem contractum, qui est Tutelæ, revocare, cum ille sibi ipsi ad Hypothecariam sufficeret. Denique, argumento est hic locus, probabili saltem, jure Pandectarum

non habuisse pupillos hypothecam tacitam in bonis Tutorum, quæ est introducta à Constantino Magno in *l.* 20. *C. de Administr. Tut.* ut probavimus *in Prælect. ad h. T. n.* 4. Nam si pupillus & consequenter ejus heres hypothecam legalem in bonis Tutoris habuissent, nihil opus erat, ut obligatio Pignoris à Transactione super Tutelâ gestâ retraheretur ad ipsam Tutelam, ut hic fit; in herede quidem Tutoris; Quippe eandem esse rationem in ipso Tutore pupilloque, jam diximus & rectè monet Bachovius *in lib.* 1. *de Pignor. c.* 13. *n.* 5.

Papinian. Lib. III. Responsor.

Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur: quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quod si ea conditio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quæ generaliter accepit, servari non potuisset: deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quàm solus invenietur. L. 2. *Qui potior. in pign. vel hypoth.*

1. Duæ sunt partes hujus L. Prima docet; Hypothecam generalem tempore priorem, jure præferri hypothecæ speciali, etiam in illâ re certâ, non obstante, quod primus Creditor ex cæteris bonis suam pecuniam redigere possit. Quod esse durum & abrogandum, censet Cyprianus Regneri ab Oosterga, in *Censurâ sua Belg. ad h. l.* ex quo minus multa in usum nostræ Eunomiæ vertimus; ideo quod pleraque inscriptioni operis minus convenientia invenimus. Quod *hic* habet, æquitatis ratione plures commovit, ut hujus L. sententiam putarent esse improbandam & usu abrogatam. *Quoniam*, verba Cypriani, *hæc Lex, indulget malitiis, dum permittit Creditori generali, ut possit rem specialem posteriori creditori obligatam auferre, quamvis ex cæteris bonis sibi satisfacere possit.* Idemque probat Schilterus *ad Pandect. Ex.* 33. §. 32. qui & refellit rationem Brunnemanni *ad h. l.* quâ is æquitatem hujus sententiæ tuetur; quia scilicet, posterior creditor habet jus offerendi priori Creditori, quo suam specialem hypothecam sibi vindicare potest. Rectè enim Schilterus, eo non tolli duritiem hujus loci, probat, cum multa evenire possint, quibus fiat, ut commodum non fit Creditori posteriori, offerre pecuniam priori, ipsaque oblatio non semper admittatur, ut ipse Brunnemannus docet *ad l.* 11. §. *ult. h. t.* Denique, *Jus Naturæ præcipere, ut quicquid sine detrimento possit concedi, id tribuatur cuique vel ignoto.* Ita Schilterus. Etiam Costalius ad *hanc L.* 2. *Ex æquitate receptum esse* scribit, *ut quoties ei, qui prior generalem obligationem habet, posset cautum esse ex sua generali, toties is, qui speciale pignus habet, in jure suo defendatur; & in illâ re specialiter obligatâ præferatur priori generalem habenti.*

2. Sed quicquid illi de usu temporum mutato vel mutando adferunt, illi non est dubium, quin secundum hanc Papiniani sententiam jus dicatur hodieque, primus ut Creditor generalem habens hypothecam præferatur secundo specialem habenti, etiam in illâ re certâ, licet aliunde ei satisfieri possit, ut tradunt Perez. *ad tit. C. de Pignor. n.* 17. *& ad T. Qui pot. in pign. n.* 7.

Carp-

Carpzov. *Decis.* 62. *& part.* 1. *Const.* 28. *Defin.* 128. Mæv. *ad jus Lubecc. p.* 3. *tit.* 1. *art.* 12. *n.* 60. Brunn. *ad h. l.* 2. *& ad l.* 2. *C. de Pignor.* Quod ad objectionem Iniquitatis attinet, injuriam nemo facere videtur, qui jure suo utitur. Est autem juris hoc indubitati, ut prior hypothecarius posteriori præferatur, atque ut genus omnes species complectatur. Proinde, qui habet generalem hypothecam priorem, jus potius habet in omnes species: nec alterius facto jus illud amittere potest. Alius ex illa generali prærogativâ, quam semel acquisivit, suo facto vel pacto ipsi invito certas rerum species subducere non potest. Si petat secundus, ut primus abstinere velit hypothecâ sibi specialiter obligatâ, idque ille sine suo incommodo facere possit, inhumanum fore, tale commodum alii claudere, non diffitemur: Sed ejusmodi humanitatis officia certis casibus usum habitura, non possunt à Legislatore præscribi civibus, in necessitatem quâ juri ipsorum perfectè acquisito derogetur. Non potest jus Primi Creditoris aliter minui, quam per suum factum vel pactum, ut constitutum est in *l.* 2. *C. de Pign.* Si quis habeat hypothecam generalem priorem, eique adjunxerit specialem, hic id eo animo fecisse videtur, ut prius specialem excutiat, dein ad cætera bona progrediatur, quatenus ei necdum fuerit satisfactum: Contra hoc igitur, quod ipse constituit, saltem ut probabiliter ex ejus pacto ita colligi possit, facere deinde non potest. Invitus & sine prævio ipsius facto, ad alterius commodum observandum cogi non potest, utique necessitate civili & ratione Justitiæ expletricis, quæ non debet confundi cum probabilitate Justitiæ adtributricis & humanitatis officiis. Ita se habet hæc ratio Eunomiæ, & prima pars hujus Legis.

3. Pars altera legis incidit in objectionem ridiculi & absurdi. Nam ut verba Papiniani habent, *cætera bona* significant hypothecam generalem *l.* 1. *d. distr. pign.* Quando igitur dicit, ita convenisse, ut, *si pecunia de his, quæ generaliter accepit, servari non potuisset, cætera bona pignori haberentur*: Perinde est, ac si diceret, *ut ita demum generali hypothecæ locus esset, si de generali hypothecâ pecunia servari non posset*; *Talis autem conventio inepta & ridicula est*, ait è *Cujacio* XI. *Obs.* 32 *Sandius noster in lib.* 3. *Tit.* 12. *def.* 26. Antonius Faber absurditatem illam evitandam censet, emendationis ope, Pro, *cætera bona*, legendo *certa bona*. Quam conjecturam rejicit idem Sandius, & præfert emendationem Cujacii, *d. c.* 32. pro *generaliter* in hac parte Legis, substituentis *specialiter*. Ut ita Papinianus *hic* idem senserit, quod Imp. in *l.* 2. *C. de Pignor.* quâ sic est constitutum; Ut, si juxta generalem hypothecam specialis à priori Creditore sumpta fuerit, tum ex hac speciali solutionem conficere debeat, ut deinde secundus Creditor solus inveniatur hypothecarius. In quâ posteriori emendatione Cujaciana, nos etiam, re sic exigente, magis acquiescimus.

Africanus Lib. VIII. Quæst.

Titia prædium alienum Titio pignori dedit: post Mævio: deinde domina ejus pignoris facta, marito suo in dotem æstimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mævii pignus convalescere placebat. Tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est. Atque ideo; quia neque tunc, cum Mævio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mævii convalescere possit. Hæc tamen ita, si bona fide in dotem, æstimatum prædium maritus accepit: id est, si ignoravit, Mævio obligatum esse l. 9. §. 3. Qui pot. in pign.

1. Mulier cognati sui prædium Titio prius, dein Mævio Pignori obligavit. Postea heres facta cognati, & sic dominio rei pigneratæ potita nupsit, & marito suo prædium illud æstimatum in dotem dedit. Mox etiam solvit Titio. Tum Mævius convenit maritum actione hypothecariâ, ut possessorem prædii sibi oppignerati: Quippe se, remoto per solutionem Titio, in locum ejus jure Pignoris successisse. Maritus respondet; Hoc prædium tibi non fuit oppigneratum, quia cum pignori daretur, *res* erat aliena? Non valet autem pignus rei alienæ *l. 20. in pr. d. Pign. act.* Mævius replicat; Pignus rei alienæ convalescit, incontinenti, cum debitor ejus dominus est factus *l. 41. cod. tit.* Uxor autem tua, quæ mihi prædium illud pignori post Titium dedit, ejus domina facta est. Ergo pignus convaluit, & cum Titio solutum sit, ego jam solus in jure pignoris invenior. Triplicatio Viri; Nego Pignus tuo respectu convaluisse, vel te in locum Titii successisse. Cum uxor mea, domina pignoris facta fuit, tu non habebas jus agendi hypothecariâ, quia Titius te præcedebat. Interim ego dominus prædii sum factus, & Titio est solutum. Tu jus Titii & hypothecariæ actionis adipisci tum non potuisti, quia, cum Titio solveretur, prædium in me translatum erat; uxor mea debitrix, non erat tum domina prædii, quod à me per æstimationem quasi emptum erat *l. 5. & l. 10. C. de Jur. dot.* Ac ita jus tuum convalescere non potuit. Non eo tempore, quo mulier revera fuit domina, quia tum Titius te excludebat: non deinde, quia tum mulier non erat Domina. Sic Africanus concludit; Improbante & vituperante sententiam ejus Autumno, eamque Censuram laudante Groenewegio, *ad hanc L.*

2. Quid enim hæc est aliud, quam subtilitas captatoria, quâ Mævius circumvenitur & effectu hypothecæ suæ privatur, dolo mulieris? Nam mariti dolus in *fin.* §. ab Africano excluditur; Uxoris fraus ex ipsâ rei historiâ est evidens; cum ipsa non nesciverit, oppignerationem Mævio esse factam, cum in dotem prædium marito suo daret, & dein solveret Titio, cujus respectu pignus ipso jure convaluerat, cum esset domina facta, ut incontinenti haberet hypothecariam, quæ per dationem in dotem ipsi non poterat auferri. Hæc ergo mulier ita disposuit, ut Mævio pignoris effectum interciperet; quod Juris conditores adjuvare & malitiæ indulgere non debuerunt. Responsio est, Virum ex causâ onerosâ fundum esse adeptum, cui proinde bonam fidem habenti, ut hic supponitur,

nitur, fraus mulieris creditori facta obesse non debet *l. 6. §. 11. d. His quæ in fraud. Credit.* Habet actionem personalem Mævius contra mulierem; Hypothecariam non æque, ut pote quæ contra tertium datur; Eaque res usum habet in quolibet emptore & successore particulari è causâ onerosâ, ut Africanus indicat.

3. Sed quid? An non æquè Mævii pignus fuit confirmatum eo momento, quo debitrix oppignorati prædii domina facta fuit quam Titii? Utique omne rei alienæ pignus ita convalescit, *d. l. 41. de Pignor. act. & l. 22. d. Pignor.* Ergo tam secundum pignus, quam primum, salvo ordine temporis. Proinde quo momento mulier domina prædii facta est, hypotheca Mævii convaluit: ut post Titium haberet effectum, nec mulieris facto eadem Mævio auferri potuit. Et cur igitur Mævius in locum Titii non succederet, vel potius, cur amoto Titio, non solus in pignore Mævius invenitur? Hoc argumentum haberet valorem, si verum esset, quod suprâ *disputandi* causâ, posuimus; Hypothecam rei alienæ ipso jure per superveniens debitoris dominium convalescere: Sed hoc non est ita, idque dignum observatione; Pignus jure non convalescit, nedum ipso jure, sed ratione effectus tantum, utiliter actio datur *d. l. 41. & l. 22.* Ergo ne quidem respectu Titii convaluit ipso jure pignus, nec mulier eâ causâ, sed ultrò illi solvit, ut videtur: Si non solvisset, Titius nihilo magis adversus maritum agere potuisset, quam Mævius. Quia, si utilem hypothecariam instituere voluerat, non potuisset; idcirco, quod res tum non esset in bonis debitoris, sed æquè aliena, quam fuerat tempore obligationis hypothecariæ, nec ideo in terminis habilibus convalescendi. Sic igitur ratio Juris facit, ne Creditor jus habeat adversus tertium possessorem doli expertem; Ex dolo enim suo amitteret exceptionem, ut Africanus ipse monet: sed dolus mulieris tertio possessori obesse non debet.

3. Postremo, quod movet Autumnus, parum habet vigoris. *Prædium alienum,* inquit, *pignori Titio & Mævio obligatum: non erat in bonis mulieris. Non ergo potuit mulier marito suo in dotem prædium illud dare in præjudicium Mævii, qui prior est tempore.* Scopæ dissolutæ. Prædium marito in dotem datum eo tempore non erat alienum: tunc erat in vero mulieris dominio; ac ideo potuit à muliere alienari, salvâ tamen pignoris causâ, si verè pignus fuisset. At quia non fuit illud pignus ab initio, nec etiam jure convalescere potuit, actio hypothecaria nasci non potuit. Idque minus dubii habuit, eo quod prædium æstimatum in dotem datum fuisse dicitur: sic enim verè penitusque alienatum est, *l. 5. l. 10. C. de Jur. Dot.* Si datum fuisset inæstimatum, jus Mævii magis in suspenso fuisset, ob spem dominii ad mulierem reversuri. Bene est, quod observare datum fuit ex hujus loci discussione verum usum ejus positionis, quâ Pignus rei alienæ, superveniente dominio debitoris, convalescere dicitur & quantum intersit, utrum id ipso jure, an per modum utilis actionis fieri dicatur.

Marcianus Lib. singul. ad formulam Hypothecariam.

Quæritur, si pactum sit à Creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere, vel pignus; quid juris sit, & an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita; ideoque veniri possit. Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. L. 7. §. ult. d. Distract. Pign.

1. Rationes adversus hujus loci eunomiam Bachovius in *lib.* 3. *de Pignor. c.* 1. *n.* 4. adfert septem numero I. Quod ipsa ratio tractandi Tribonianum potius, quam veterem JurisConsultum sapere videatur. II. Quod tam de pignore, quam de hypotheca proponitur pactum de non alienando, cum in pignore, quod est in manibus Creditoris, ei locus esse non possit. III. Quod ratio dubitandi inepta sit, an pactio talis contra jus sit posita; cum nihil magis rationi juris conveniat, quam ne debitor alienet rem in specie obligatam, siquidem & alienando eam, furtum committere dicitur *l.* 66. *d. Furt.* IV. Quod ejusmodi pactum creditoris de non alienando pignore à debitore, nullius usus sit; quia creditori semper in alienato pignore jus integrum manet, & hypothecariá æquè rem evincere potest, si pactum non sit adjectum, quam secus. V. Quod nihil opus fuerit, venditionem statuere nullam, ut pactioni stetur; quia pactione stari potest, etiam datâ in id quod interest actione, & absque nullitate. VI. Juris ratio non patitur, ut pactum de non alienando Traditioni adjectum impediat dominii translationem; sed qui habet jus pacti illius, condicit rem, non vindicat *l.* 3. *d. Condict. ob. caus. dat.* Pacta personas obligant, res non afficiunt, nec dominia transferunt aut impediunt *l.* 20. *C. de Pact. l.* 135. §. *pen. d. V.O.* Quomodo igitur Pactum Hypothecæ adjectum efficere potest, ne dominium transferatur? VII. Addit Hotomannus *Tr. de Pignor. c.* 5. *ita citat* Bachovius, *est ad h. tit. ff. Quod, ubi nulla est venditio, ibi & nulla nascatur obligatio, hic autem adeo nasci, ut & dominium transferatur.* Has rationes Bachovius dubitandi potius quam reprehendendi causâ proponit, etsi tantum illis tribuat, *ut forte credere quis possit, loco isti manum esse admotam à Triboniano. Verum,* pergit, *cum Tribonianus acceperit hanc potestatem, mutandi, addendi & detrahendi ab ipso Justiniano, nobis Interpretibus hoc agendum est, ut quæcunque in Pandectas relata sunt, defendamus.* Omisit adhuc aliam objectionem ex Hotomanno Bachovius; Cum Martianus (hunc enim Hotomannus auctorem hujus L. esse non dubitat) dixisset, pactionem illam contrariam esse Juri publico, adsurdissime tamen idem continuò concludit, *certum esse, illam pactionem valere.* Hæc igitur *octava* sit objectio, quâ inter alias motus idem Hotomannus emendatione textus Eunomiæ consulendum putavit, legendo in fine, *nullam esse rationem, ut pactioni stetur.* Pari sensu, quo alii, teste Accursio, levi trajectione verborum, ita olim legerunt; *nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.*

2. Videamus primo, quid objectiones valeant: Inde, an emendatio necessaria sit, facile patebit. Sic igitur ad primam objectionem respondet Bachovius; nihil referre, sitne locus hic à Triboniano, an ab ipso Marciano. modo

do cum Eunomiâ conciliari possit, quod ipse probat contra Anton. Fabrum *dec.* 87. *c.* 1. Mihi quamdiu nihil in specie profertur, quod non æquè à Marciano, quàm à Triboniano proficisci potuerit, pro inscriptione præsumendum videtur. Pendet omnino primi argumenti valor, à vi sequentium objectionum. Ergo ad illas progrediamur. Ad secundam respondere licet; usum præcipuum hujus pacti esse in Hypothecâ; posse tamen etiam esse in pignore propriè dicto, idque velle Marcianum, quando post verba, ne liceat debitori hypothecam vendere, subjicit, *vel pignus:* velut si Creditor usum pignoris ad tempus debitori concedat; vel etiam, si debitor vendat rem pignoratam, dum est apud Creditorem, hoc animo, ut emptor habeat dominium, quod utique adhuc est debitoris, & quod transire posse, licet apud alium sit possessio, probavimus ad §. 40. *Inst. de A. R. D. pag.* 143. *Prælect. sub fin. & sequ. & part.* 2. *Digress. lib.* 2. *c.* 5. Tertiam objectionem non dignatur responso Bachovius, ut quæ principium petat: quod cur dicendum sit, non video. Respondeamus directè; causam dubitandi, an hæc pactio valeat, fuisse, quod libertati civium de rebus suis disponendi officiat, & quod creditor nihil amplius ex pignore, quam securitatem debiti sui, cui satis est consultum sine hac pactione, habere possit. Quâ de re in solutione sequentis argumenti agendum.

3. *Quartam* objectionem urget & Hotmannus & Faber, *dec.* 87. *c.* 7. *in f.* qui solum illam sufficere ait, ad probandum; hanc Quæstionem, An valeat conventio, ne pignori obligatam rem debitori liceat alienare, inutilem, inanem & absurdam esse, nec ideo esse probabile, JurisConsultum de tali quæstione unquam dubitasse vel respondisse; Tribonianum satis fuisse stupidum, ut nihil absurdi ab illo alienum esse putemus. Contra Bachovius ait, hanc Fabri objectionem esse vanissimam, nihilque eâ falsius atque impudentius esse. Primo enim ait, post *Nov.* 4. id interesse creditoris, quod, si venditio nulla sit, directè contra tertium possessorem agere possit, ex beneficio ordinis sive discussionis in *d. Nov.* 4. prodito. At hæc quidem responsio nihil adversus Fabrum & pro Marciano facit, cum hujus tempore beneficium Ordinis nullum fuerit. Magis ad rem pertinet, quod *suprà* diximus, debitorem, qui pignus specialiter obligatum alienavit, furti teneri. Furti autem actio non datur, nisi ei, cujus interest §. 13. *I. de oblig. ex del.* Oportet igitur olim interfuisse Creditoris, ne pignus alienaretur. Idque non est ejusmodi, ut demonstrari nequeat. Etenim facilior est agendi ratio contra debitorem, quam adversus tertium possessorem, Promptior enim & expeditur est probatio contra debitorem, qui actione principali & originali tenetur, quam adversus Tertium. Hic est ignotus, difficilius forte conveniendus, certat de damno vitando, ut multo durius sit, illum excutere & cogere, ut luat quod non contraxit: Quid etiam, si potentior sit adversarius, ut fere usu venit? Hanc esse causam ejus quod interest arguit *Tit. π. de Alienat. Judic. mut. C.* Addantur quæ in fine hujus capitis iterum usu venient. Hotmannus tamen *ad h. tit in fin.* conventionem hanc non minus ineptam, mollioribus tamen verbis quam Faber, esse demonstrat: Comparans eam cum pactione, ne quis in suo ignem faciat aut lavet, cujusmodi pactiones similesque inutiles esse, quia nil intersit paciscentis docet *l.* 8. *in fin. Si servit. vind. l.* 15. *d. Servit. Constat autem Creditoris nihil interesse, pignus*

nus vendi, si modo ei satisfiat, & suum undecunque servet. Ita Hotmannus, parum, si quid intelligo, considerate. Nam Quæstio, an valeat conventio de pignore non alienando, extendi non potest ultra durationem pignoris: ubi primum Creditori satisfactum fuerit, pactio de non alienando, quæ est Pignoris accessoria, simul extinguitur. Antequam ei satisfiat, venditio impeditur, quæ postea libere fit, & sine ligamine Pacti: Est igitur hæc objectio, nihil, quam elenchi, ut ajunt, ignoratio, vel oblivionis error in disputando.

5. Ad Quintam objectionem, Bachovius etiam nihil signate respondet, nisi quod efficacius per nullitatem pactum servetur, quam per actionem in id quod interest. Quod non sufficit instantiæ amoliendæ. Hinc enim non intelligo, cur, cum actio in id quod interest sufficiat, in aliis pactis de non alienando; non æque satisfaciat pactioni de non alienandâ Hypothecâ. Dicamus igitur, hoc modo; Si venditio non esset nulla, fieret contra quàm ad scopum Pignoris consequendum singulari modo à partibus actum erat, ut res alienaretur; quod ad expeditam Pignoris persequendi causam Creditor, inquam, impedire voluit, & in quem finem actio in id quod interest habens circuitum, minimè sufficiebat. Et hæc ratio viam respondendi aperit ad objectionem *sextam*. Etsi enim Pactum de non alienando Traditioni adjectum, non impediat dominii translationem, nec nisi personalem, ut est in objectione, paciscenti actionem pariat, secus tamen consulendum fuit in Pignore, quod creditor apud debitorem manere voluit, ut securitati suæ consuleret, cui, si res pignorata per alias & quaslibet ambularet manus, plurimum decederet. Est igitur hoc peculiare Pignori, quod unicè est in securitatem debiti personæ debitoris adfixi: ideoque pactum, ne pignus alienaretur, efficere debuit, quod naturæ, id est, securitati Pignoris erat conveniens; ut pignus apud eandem personam maneret: Quæ ratio mihi jam prope magis arridet, quam quæ Bachovio & ejus verbis Wissembachio *ad h. tb.* 2. placuit, etiam mihi in *Prælect. hic*, aliisque multis; quod creditor hypothecarius habens & retinens jus in re, plus valeat hujusmodi pacto, quam alius, qui tradendo rem, omne jus à se abdicat. Cum enim dominus rem vendens per pactum constituti, possessionem retinere possit. *l.* 18. *d. Acquir. poss.* & dum paciscitur, adhuc ante traditionem plene sit dominus, cur minus juris ei paciscendo, quam creditori tribuamus? Nolim igitur differentiam ab efficiente, sed potius à causâ finali, hoc, inquam, modo petere. Primo, qui alienat rem in secundum, non vult eam recipere; sed habet aliam aliquam desiderandi causam, ne res in Tertium alienetur. Re à Secundo alienatâ, cui bono impediatur ipsa alienatio? Secundus enim non vult dominium retinere, quia rem suam volens, contra quàm promisit, alienavit. Primus etiam qui pactus est, non id egit, ut rem reciperaret; nec id omnino fieret, si maxime dominium per alienationem secundi in Tertium non transferretur; maneret enim penes Secundum: Ergo nullitas dominii non haberet usum proposito partium convenientem. Ideoque nihil est causæ cur pactum hic majorem, quam ejus, quod interest, effectum habeat. Sed in Pignore prorsus id aliter se habet: Creditor qui paciscitur de non alienando, id agit, ut hac ratione rem ipse promptius consequatur, si solutum non fuerit debitum; quod sine dubio magis in expedito erit, ut dictum, si

si res penes ipsum debitorem maneat; ut manere debet, si actus alienandi sit ipso jure nullus. In id quod interest autem actio, quæ alioqui danda foret, nihil, inquam, ad securitatem illam conferret.

6. Septima objectio, quæ est Hotmanni, petit principium, ait Bachovius, qui male eam proponit. Nec enim ita scribit Hotomannus, ut ipse refert, verbis supra collocatis; sed directè probat, dominium rei à debitore alienatæ, non obstante pacto in contrarium, transire: quod tantum abest, ut principium petat, nihil ut magis arcem causæ petat. Verba Hotomanni; *De dominio verò probari sic potest: Quia, cum pignoris dominium penes debitorem manserit, ut jam sæpe dictum est: per traditionem rei venditæ, dominium, quod penes venditorem fuit, in emptorem transfertur. l. 11. d. Act. Empt.* Si esset absque hoc textu, procederet argumentum Hotomanni: sed lex hujusmodi pacto de non alienando, justum effectum dare non potuit, nisi nullitate venditionis, præter communes juris regulas, constitutâ. Nam etsi per hypothecariam Creditor pignus adversus quemlibet possessorem persequi possit, etiam sine ullo pacto, plus tamen securitatis & commoditatis additur ejusmodi pacto; si per illud alienatio penitus interdicatur. Cumque major illa securitas pactique scopus, per ejus quod interest petitionem haberi non possit, nullitatis institutum non sine ratione placuit in hunc usum. Pergit Hotomannus: *Præterea textus est apertus in L. si sciens 26. d. Contrab. empt. Ubi non modo valere venditio dicitur, si quis sciens à debitore creditorem fraudari, emerit, verum etiam dominium transferri.* Actum est de hoc textu *suprà in loco*, probatumque, venditionem à debitore factam in fraudem Creditoris, actione Prætoriâ in factum rescindi, nec esse ipso jure nullam. Sed non agit Prætor de casu pacti expresse de non alienando initi, quemadmodum hoc loco. Huic sua satis constat ratio, per ea, quæ superius collocata sunt, nec evertitur per textus, qui nihil habent de pacto, *ne debitor alienet pignus.*

7. Sequitur octavum Hotomanni argumentum, quod est cavillatorium, tam Marciano, quam Hotmanno indignum. Nec enim habetur in textu, pactionem illam, ne debitor pignus alienet, *esse contrariam juri publico & civium Romanorum libertati*, ut Hotmannus ei pressè imputat; quasi mox inconcinnè concludat, eandem *pactionem facere Venditionem ipso jure nullam*: Sed proposita Quæstione de vi Pacti, ne debitor pignus alienet ut rationem dubitandi ponit Marcianus; *an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita.* Dein respondet, *nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.* Quid est iniquius, quam dubitandi rationem sumere ut positionem conclusioni repugnantem.

8. Sed est adhuc aliud, *Nonum* ejusdem Hotmanni argumentum: Res aliena vendi potest, inquit, *l. 28. d. Contrab. empt.* Imo rei sacræ, sanctæ, religiosæ & hominis liberi venditio valet *L. 4. 5. 6. eod.* Ergo etiam Pignoris, de quo convenit, ne alienetur. Ergo *amplius*, velim addat Hotomannus, quarumlibet etiam rerum alienari prohibitarum; quo tamen nihil falsius. Et quis nescit, earum rerum venditionem valere duntaxat, ratione personalis actionis in id quod interest, quâ venditor emptori ignoranti tenetur. Quod autem ad dominii translationem attinet, nihil agi illis venditionibus *l. 34. §. 1. d. Contrab. empt. §. ult.*

Inst. de Empt. Vend. Quominus etiam Venditor Emptori ignoranti in id quod intereſt teneatur, ubi pignus è causâ nullitatis evictum fuerit, nihil eſt, quod impedire putemus. Sed hoc tandem ſupereſt difficultatis: Quid intereſt, utrum pignus per Hypothecariam avocetur, ſi nullum de non alienando pactum ſit initum, quam ſi ex causâ pacti nullitatis ratio accedat; ſiquidem creditor plus quam reſtitutionem rei pignoratæ obtinere non poteſt. Quis adeo effectus eſt pacti de pignore non alienando? Reſpondetur; Si venditio ſit ipſo jure nulla, difficilius eveniet, ut res alienetur, & facilior eſt probandi vincendique ratio, ſi nullâ ex causâ, quam ſi titulo juſto emptionis venditionis poſſideat, ut jam dici occupatum eſt ſuperius. Præter quod Jure Novellarum uſus rei maximè notabilis eſt, ob beneficium Ordinis ſive Excuſſionis, quod habet tertius poſſeſſor titulo juſto, non habet qui cauſam poſſidendi nullam habet, *Nov.* 4. Hæc ad Eunomiam hujus loci & Lectionem Florentinam ſufficere videntur adferendam. *L.* 7. §. *fin. Qu. mod. pign. ſolv.*

Gajus libro ſingul. ad formul. Hypothec.

Illud tenendum eſt, ſi quis communis rei partem pro indiviſo dederit hypothecæ diviſione facta cum ſocio, non utique eam partem creditori obligatam eſſe, quæ ei obtingit, qui pignori dedit, ſed utriuſque pars pro indiviſo pro parte dimidia manebit obligata. l. 7. §. *fin. Qu. mod. pign. ſolv.*

1. Sententia non eſt obſcura, ſed judicatur inutilis & dura; referente Mornacio ad *h.* §. Laurentium Bechetium Advocatum Lutetiâ Pariſinum, cum tali cauſæ patrocinaretur, quâ Creditor cui pars pro indiviſo erat oppignerata in partem ejus, qui ipſi non erat obligatus, poſt diviſionem ageret hypothecariâ, adtuliſſe corpus Juris in Auditorium, & recitaſſe hunc §. Sed uſu veniſſe ut Ægidius Magiſter, Præſes maximus & Juris ſcientiſſimus Bechetium increpitum, quod legem abrogatam inculcaret, multaverit aureis xxv. Addit, exinde ſæpius eandem renovatam eſſe quæſtionem & ſemper ita deciſam, adſtipulante Roberto *l.* 3. *c.* 19. *rer. judic.* aliiſque à Groenewegio laudatis *ad h. l.* Uſus autem hujus ſententiæ latè patet, præſertim, ſi non modò in variis unius rei ſociis, ſed etiam in his, qui res diverſas pro indiviſo communes habent, locum inveniat, qualis eſt ſpecies apud Robertum. Tres erant fundi inter totidem heredes indiviſi. Primus heredum, portionem ſuam in illis fundis hypothecæ obligavit. Dein factâ diviſione cum primus unum è tribus fundis accepiſſet, creditor tamen deinceps hypothecariâ convenit ſecundum, pro tertiâ parte fundi, quam Primus in hoc fundo tempore oppignorationis habebat & ſecundum hunc §. fundata eſt in ratione Juris actio Creditoris. Sed ajunt Cenſores, benignius & utilius eſſe, Pignus remanere in ea ſolâ parte, vel fundo, qui vel quæ per diviſionem obtigit debitori ejusve heredi, qui rem communem hypothecæ dederat: ne alioqui ſecundus primum rurſus convenire cogatur, ac ita fiat circuitus & multiplicentur lites. Hæc ita non malè ſi commodum poſſeſſoris, jus Creditoris elidere poſſet qui ſine dubio tres fundos æqualiter pro parte tertiâ ſibi habet obligatos, nec jus ſuum per diviſionem à

cohe-

coheredibus factam amittere potuit. Idque firmatur ex *l.* 3. §. *ult. Qui pot. in pign. l.* 6. §. 8. *l.* 7. §. 13. *d. Com. Divid. l.* 31. *d. Usufr. leg.* Si quis instet, divisionem æqualiter præsumi esse factam, & sic nihil interesse Creditoris, si fundum Primi totum, pro triente fundorum habeat obligatum. Sed facile potest fieri, ut multum intersit. Quid enim si fundus hic unus incuriâ Primi vilior sit factus. Si jam detineatur à Tertio emptore, qui cum Creditor sibi negotium esse nolit. Si ædificia corruerint, aut alia labes facta sit. Denique si unus è duobus fundis, cujus tertia pars sufficit, ad debitum Creditoris exsolvendum, in proximo sit, & fundus qui primo in divisione adsignatus est, procul sit situs: hæc aliaque facere possunt, ne bonum & æquum sit, Creditori negare, quominus suum jus persequi possit. Coheredes aut socii habent in promptu actionem adversus coheredem, aut consortem suum, quo cogant illum in tempore partes fundorum, qui ad se pervenerunt, jure pignoris liberet, aut pro se conventis interveniat. Quin & hodie conventi à Creditore beneficium Ordinis, sive Excussionis habent, ut prius excutiatur ipse Primus debitor ex *Nov.* 4. Secundum hæc ratio Juris Romani facile sustinetur adversus Censuram Gallicæ praxeos. Nam quod Groenewegius habet ex *decis.* 16. & Sandio 3. 12. 27. ad hanc rem non pertinet.

Paulus Lib. 11. Quæstionum.

Voluntate creditoris pignus debitor vendidit: & postea placuit inter eum & emptorem, ut à venditione discederent, jus pignoris salvum erit creditori. Nam sicut debitori, ita & creditori pristinum jus restituitur: neque omnimodò creditor pignus remittit: Et ideo; si judicio quoque accepto, venditor absolutus sit; vel, quia non tradebat, in id, quod interest, condemnatus: solvum fore pignus creditori, dicendum est. Hæc enim accidere potuissent, etiam si non voluntate creditoris vendidisset. L. 10. *in pr. Quib. mod. Pign. vel Hypoth. solv.*

1. Autumnus in *Cens. Gall. ad h. l.*, „*Non video, quâ ratione*, inquit, *defendere* „*possis, quod scribit Paulus in hac L. Cum repugnet, quod ait Martianus in l.* 8. §. *si vo-* „*luntate h. t. Si voluntate Creditoris*, inquit, *fundus alienatus est, inverecunde appli-* „*cari sibi eum creditor desiderat.* Et mox; *Si ergò voluntate Creditoris pignus debitor* „*vendidit, & communi consensu resolvatur venditio, creditori pristinum jus non re-* „*stituitur. Quia postquam dominium translatum est in emptorem, extinctum est jus* „*pignoris, ut Gajus innuit in L. Si debitor* §. *si in venditione h. t.* Putat igitur Autumnus, Martianum & Ulpianum à Paulo dissentire, & veriorem esse illorum sententiam, eoque jure nos uti exploratum esse adfirmat. Mirum est, Autumnum non addidisse *legem ult. C. de Remiss. Pign.* ubi Justinianus propositâ Quæstione, *de Pignoribus vel hypothecis rerum, quæ quibusdam creditoribus suppositæ postea à debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui præbente, & quodam legitimo modo res ad priorem dominum revertuntur. In hoc etenim casu diversæ sententiæ à Legum Prudentibus habitæ sunt &c. Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecæ, & hoc modo suum jus respuit, indignum esse eandem rem, ut pote ab initio ei suppositam vindicare, vel tenentem inquietare.*

2. Enimvero quod ad æquitatem & usum Fori attinet, in eo tantopere dissentit ab Autumno Groenewegius, ut is hanc *l. ult.* censeat abrogandam, & jus hac *L.* 10. probatum laudet, usuque receptum esse testetur. Nec aliter Brunnemannus. Nos adeo nullam esse causam censendi, alterutram legem esse abrogandam, facile demonstrabimus. Quando creditor venditionem Pignoris sibi obligati concedit, id respectu venditionis sine dubio facit, ideoque ea nonnisi cum effectu consideratur, si effectum non habeat, sed retractetur ab iisdem contrahentibus, hæc ejus voluntas fuisse videtur, ut tali casu omnia redeant in priorem statum, tam dominium quàm Pignus, quod dominii accessorium est. Quid hic iniquitatis, aut ἀνομίας & malæ connexionis eunomicæ animadvertas? Nam quod Autumnus profert, habet aliquam speciem, si loca objecta seorsim consideres. In sedibus suis excussa facile discutiuntur. Nam in *l.* 8. §. 6. *h. t.* docet quidem Marcianus, fundum voluntate creditoris alienatum, in pignus repeti non posse, verum addit expressè, *si jam effectus sit sequutus venditionis.* Similiter *in l.* 4. §. 1. *h. t.* quem alterum objicit Autumnus textum, tradit Ulpianus, Liberari pignus, si Creditor, cujus res pignori obligatæ erant, consenserit, ut debitor rem permutaret, donaret, vel in dotem daret. Sed res loquitur, illa verba cum effectu accipienda esse, cum vere fit permutatio, donatio, in dotem datio; non si inter easdem partes retractetur, & ad nihilum redigatur.

3. Major ἀναφήρησις est in *l. ult. C. de Remiss. Pign.* ubi Justinianus Quæstionem hanc veterum in eam partem decidere videtur, ut Creditor, qui semel in alienationem consensit, adeo suum jus amittat, ut nec deinde, si res in bona debitoris redeat, jus pignoris reviviscat: quod esse contra Autumni Censuram. Sed illam excutienti legem, palam erit, diversam ejus esse Quæstionem; Agit enim de re semel, Creditore, qui generalem hypothecam habebat, volente, cum effectu alienata; sed deinde post intervallum, à debitore iterum acquisita: Quam Creditor denuò sub hypothecâ generali suâ vult comprehendere; non ideo, quod prior alienatio non habuerit effectum; sed quia generalis Hypotheca complectitur omnia bona, tàm futura & acquirenda, quam præsentia & acquisita *l. ult. C. Quæ res pign. obl.* quod habet sequelam dialecticè veram: At tamen, quia prius ipse consensit hujusce rei alienationi, exceptione perpetuâ respectu ejusdem rei, tam à debitore, quàm ab aliis Creditoribus repellitur æquitate civili. Nec quur id iniquum aut abrogandum videatur, ratio vel Æquitas magis vult, quam quod ejus loci decisio Justinianæa contrarietur huic juri Pandectarum, vel id recentiori auctoritate tollat aut mutet, cum plane sint diversi casus; ut melius, quam Censores nostri, observat Perezius *ad tit. C. de Remiss. Pign. n.* 6. & Brunnemannus *ad d. l. ult.*

Paulus Lib. v. Respons.

Paulus respondit; Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri: non etiam tertium in locum ejus successisse: & ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est, & si respublica tertio loco crediderit. L. 12. *in pr. Quib. mod. Pign. vel Hypoth. solv.*

1. Au-

1. Autumnus & Groenwegius sententiam hujus loci arguunt iniquitatis. Et est res crebri usus, ut examen mereatur. Titius eandem rem Primo obligatam, cum Primi consensu Tretio oppignoravit. Quæritur, consensus Primi quid efficiat, in ipsius præjudicium: ut ipse jus pignoris omnino amiserit, an vero ut ordini tantum & juri tempois renuntiaverit. Prius hic à Paulo adfirmatur, ut Autumnus eum intelligit, & plerique Interpretes, etiam pragmatici, quos laudat Brunnemannus *ad h. l. & l. 1. Qui Pot. in Pign.* Sed ratio videtur esse in contrarium, ut differit Bachovius ad Treutl. *de Pignor. th.* 9. qui tamen aliter disputat nec obscure sententiam mutat in *lib.* 5. *de Pignor c.* 8. Primo, quia consensus quidem de alienando pignore, jus suum aufert primo creditori, eo quod res non potest esse duorum simul *l.* 8. §. 6. *&* 15. *h. t.* Sed quominus eadem res diversis personis in solidum, pignoris jure, salvo temporis ordine, teneatur, nihil impedimento est, ut notum *ex toto tit. Qui pot. in pign.* Idque non tantum in contrahendo rationem, sed & in executione facultatem habet, si pignus valore suo, utrique credito sufficiat; *Si res ampla sit, & primo ad modicum æris pignorata fuerit*, ut est scriptum in *l.* 36. §. 1. *d. Pign. act.* Quid opus est, sequi interpretationem, nec verbis expressam, nec menti Creditoris primi convenientem, qui sine dubio quam minimum sibi præjudicatum voluit? præsertim, si id Tertio nullum inferat damnum, ut nec ullum infert, si mitior sententia præferatur. Quid verò si nec aliam Pauli mentem esse dicamus, in *hac l.* 12. quando ait, *Primum, jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse, & ideo meliorem causam esse effectam?* Hæc ultima verba tantum arguunt ordinis mutationem, ut primus non videatur sibi substituisse Tertium, quo is suum, id est, primum locum obtineat ante secundum: sed ut amoto primo, Secundus fiat primus, Tertius autem secundi locum teneat. Quàre nihil est æquius. Nam consensus primi, ut res tertio pignori obligetur, non potest habere minorem effectum; quia debitor etiam sine consensu primi Creditoris, eandem rem Tertio, ut libet, obligare poterat: Consensu igitur illo sibi præjudicavit equidem, sed non adeo, quàm si pignus alienari permisisset, ipsa res ultrò loquitur. Dicitur igitur hic remisisse jus suum, opposito sensu ad translationem juris sui in tertium, quam non adsequitur. Et hoc respectu jus suum remisit, ut secundus præter ejus intentionem primus fiat, ejus, inquam, intuitu jus suum remisit. Non quod omnino renuntiaverit, ut penitus excludatur, si res pignorata Secundo & Tertio dimissis adhuc ipsi suffectura sit.

2. His non obstantibus, alii, novissimoque Tractatu Bachovius, è verbis Pauli colligendum esse volunt, Primum jus pignoris omnino amisisse: *Siquidem* ait, *ubicunque jus pignoris manet, locum habet successio, ita, ut qui antea erat Creditor prior, fiat posterior.* Quid hoc argumenti est? Non negat Paulus, primum fieri posteriorem, sed Tertium fieri primum negat; secundum esse Primum, & qui primus fuerat, eum esse vult posteriorem. Verum tamen hæc interpretatio non potest sapere Bachovio *in lib.* 5. *de Pign. c.* 8. *n.* 12. *Negato enim jure successionis in locum ejus, cui ut obligaretur pignus, ego permisi: (& verò negatur ea successio in d. l.* 12.) *haud facile quis viderit, quomodo ego postremus fieri, & omnino obligatum pignus mihi esse, & licet absque jure primitatis, manere possit, citra*

novam conventionem. Quid hoc iterum? An negatur in *hac l.* 12. successio in locum ejus, cui ut obligaretur pignus ego permisi? Imo negatur successio in locum permittentis; sic enim est in *h. l.* 12. *jus suum pignoris remisisse videri, non etiam successisse.* Videtur omnino Bachovius inter speciem facti, & verba legis minus bene comparasse. Nec ideo valet ejus argumentum, quod habet in his verbis; *Si successio locum haberet, & ego, qui primus eram, fieri Tertius deberem, utique Sempronius fieri deberet primus, quod JCtus negat.* Male Primum opponit Sempronio, dum speciem *Legis* explicat, in qua Sempronius ipse Primus est; ut confusionis hac parte manifestus sit Bachovius. Juris Consultus nec docet (etsi hoc inde sequitur) Primum fieri Tertium, nec eum qui Tertius fuit, primum fieri. Sed medium sive Secundum fieri primum. Et cum is, qui primus erat, in gratiam Tertii jure suo cesserit, oportet Tertius illum præcedat ac occupet locum secundum, ut primus fiat ultimus. Instat Bachovius, *Illa transmutatio, ut primus fias posterior, non potest contingere ex primâ obligatione,* & nova conventio deficit hoc loco. Unde igitur? Et rursus; Unde Secundus, qui plane est extra conventionem, fit primus? Respondeo: Antiquior sive primus Creditor, qui hic est Sempronius, concedens ut pignus suum, quod jam erat Secundo obligatum, Tertio adhuc teneretur, hoc ipso removeretur à primo loco, in quem Tertius, cui voluit gratificari, succederet; nisi obstaret medius Creditor, cui Primus Sempronius nocere non potuit: Quem cum Tertius prætervehi nequeat, illum submovet in primum locum, & sic ipse fit secundus. Quid de Sempronio primo? Ille manet Creditor, manet Hypothecarius vi primæ conventionis, quæ nunquam soluta est, sed temporis jure, sua sponte privatus. Hæc omnino videtur esse mens Pauli, optimè cum ratione & æquitate conveniens; eademque est Glossæ ad *hanc l.* 12. aliorumque laudatorum à Brunemanno *ad d. l.* 12. sententia. Tenenda autem est hypothesis, quâ primus concessit, ut Tertio, *certæ personæ*, pignus obligaretur; ut est in *hac l.* Nam si Primus alii in genere pignus suum obligari permiserit, non potest dubitari, quin ipse tam infinito consensu, de jure pignoris planè remittendo, cogitaverit: quam distinctionem, post Salicetum, sequitur Neguzant. *p.* 6. *m.* 3. *n.* 14. & Brunnem. *hic n.* 3. ubi *plures.*

3. Non debet omitti collatio *hujus L.* 12. *cum l.* 12. §. 4. *Qui pot. in pign.* quam & omnes juxta eam tractant, ut, quatenus in his, quæ dicta sunt, acquiescere liceat, videamus. Martianus; *Si tecum de hypothecâ paciscatur debitor, deinde idem cum alio, tuâ voluntate, secundus potior erit.* Hoc quidem est extra dubium, & supradictis conveniens: Nec opus, ut, quod Brunnemannus aliique volunt, concessio de pignore alii obtinendo, ad alium generaliter referatur. Verba *textus, cum alio tuâ voluntate,* factum aliquod speciale, nec minus quam *in hac l.* 12. verba *tertio Creditori,* significare videntur. Pergit Martianus: *Pecuniâ autem solutâ, an rursus teneatur tibi,* pignus scilicet, *rectè quæritur.* Ex hac Quæstione liquere scribit Bachovius *in d. lib.* 5. *de Pign. c.* 8. *n.* 1. Martianum statuere, jus Primi Creditoris, qui consensit, ut pignus alii teneretur, esse extinctum, non ordine postpositum. *Quæstio,* inquit, *illa esset inepta,* si primus tantum postponeretur, quia pignus nunquam fuisset liberatum. Sed ego Bachovii acumen non præfero claris Martiani verbis, quibus distinguit, *utrum ida-*

Etum

ctum sit, ut ab hypothecâ in totum discedatur, an ut ordo servetur, & prior Creditor secundo loco constituatur. In dubio igitur, quid sequemur? Non patitur id dubitari Martianus; nam facta non præsumuntur, sed probari debent. Discessum est ab Hypothecâ per consensum oppignorationis alii faciendæ, *si id actum sit.* Ergo si id actum esse non appareat, Pignus ipsum manet, ac ordo mutatur: etsi aliter Glossa *ad d.* §. 4. quasi ex *arg. l.* 12. *h. t.* quæ Gl. tamen rursus aliter *ad ipsam l.* 12. *h. t.* quod secus nobis demonstratum est. Bachovius *nec hilum* super eo quod in dubio statuendum sit, *respondisse* Martianum in *hac l.* §. 4. scribit. Sed non solent Juris Consulti *per Oppono & Respondeo* disputare. Implicitè responsio haud obscure continetur, ut indicavimus. Atque ita locus hic optimè cum hac *L.* 12. & cum Eunomia consentit. Adde his, vel potius hæc adde his iis, quæ diximus obiter in *Prælect. ad h. Tit.* §. 1.

EUNOMIÆ ROMANÆ,

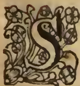
AD

LIBRUM XXI.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Ulpianus Lib. 1. ad Edictum ædilium curulium.



Padonem morbosum non esse, neque vitiosum, verius mihi videtur; sed sanum esse, sicuti illum, qui unum testiculum habet, qui etiam generare potest. L. 6. §. *ult. d. Ædil. Ed.*

1. Morbum JurisConsulti nostri dicunt, Habitum cujusque corporis contra naturam, qui usum ejus ad id facit deteriorem, cujus causâ natura nobis sanitatem dedit *l.* 1. §. 7. *h. t.* Hæc tam generalis est definitio, ut & vitium comprehendat; quod alioquin à morbo ita distinguitur, ut morbus sit temporalis imbecillitas, Vitium verò sit perpetuum corporis impedimentum *l.* 101. §. *ult. d. V. S.* Ita morbi sunt, febris, & phtisis. *d. l.* 1. §. 7. Vitia, balbuties, luscities, & similia. Quæ tamen usum partis alicujus omnino tollunt, impedimenta, magis est ut morbi appellentur. Ita cæcitas est morbus *d.* §. 7. Etiam mutus

mutus est morbosus *l. 9. h. t.* Et cui digitus de manu vel pede præcisus est, hunc morbosum videri Ofilius & Cato scripserunt *l. 10. in pr. & §. 1. d. Ædil. Ed.* Quo magis mirum videtur Autumno ad hanc *L. 6. §. ult.* Spadonem non esse morbosum, nec quidem vitiosum, ut Pomponius dixit. Atqui læsa est causa generationis in spadone. Monorcchen, sive unius testiculi Virum non esse morbosum, magis mirum videtur. Nam si è viginti digitis unus præcisus morbum faciat, ex sententia Ofilii & Catonis, quæ prævaluit, è duobus testiculis alter deficiens evidentiorem morbum faciat oportet. Quo pertinet, quod Senatus Parisiensis Autumno teste, constituit in favorem Claudinæ Gotofredæ justam esse causam non contrahendi matrimonii cum Sponso, quod hic altero carere testiculo compertus erat; Etsi medicorum & chirurgorum testimonio tales ad generandum, quod & Pomponius hic adfirmat, aptos esse comprobaret. Respondendum est tam de monorchis, quam de Spadonibus. Et de his quidem responsio recta & plana est; Spadones esse duorum generum, Castratos & frigidos. Castrati sunt, quibus testes sunt adempti; frigidi, qui integris membris & testibus, aliâ causâ generare nôn possunt. Qui prioris sunt generis, sub morbosis continentur, ut docet Paulus *in l. 7. h. t. Si quis ita Spado est*, inquit, *ut tam necessaria pars corporis*, quæ ad generandum requiritur, *ei penitus absit, morbosus est.* Sed frigidi, quibus ad αἰδοίοις παιδοποιεῖν adsurgere datum non est, integris tamen membris, nec sine spe sunt, fore, ut aliquando in venerem convalescant, morbum habere non videntur. Et Autumni quidem argumento de Spadonibus hac distinctione satisfactum est, magis si addas §. *sed & illud 9. I. de Adopt.* Quod ad monorchas, sive uno testiculo præditos attinet, si tales ita sint nati, quare pro morbosis habendi sint, nihil profertur; quia generatio in illis non impeditur; etsi forte minor vis eorum sit ad usum crebriorem. Ita cui digitus est præcisus pro morboso habetur, ut dictum; qui natus est cum quatuor digitis in manu vel pede, non est morbosus neque vitiosus: *d. l. 20. §. 2.* quia tales in opere faciendo aliis nihilo sunt deteriores; quod secus fere in his, quibus lacerata sunt membra, obtinet. Etsi de monorchis idem forte non videtur: si verum est, quod *Dapperus* in Africanis Hotentotiis observat, illos alterum infantibus adimere testiculum, quo celeriores sint, quemadmodum illi agilitate Europæos mirifice superant. Sed nec quodlibet impedimentum sufficit: Nec enim cui dens abest, morbosus aut vitiosus est, ait Paulus in *l. 11. h. t.* Hæc usum habuerunt in Venditionibus servorum, de quibus agitur in Edicto Ædilitio: Moribus hodiernis vix est, ut hæc usum habeant forensem juridicum, nisi in re conjugali.

Paulus Lib. 11. ad Edict. Ædil. Curul.

Proponitur actio ex hoc edicto in eum, cujus maxima pars in venditione fuerit. Quia plerumque venaliciarii ita societatem coëunt, ut quidquid agunt, in commune videantur agere. æquum enim ædilibus visum est, vel in unum ex his, cujus major pars aut nulla parte minor esset, ædilicias actiones competere: nec cogeretur emptor cum

cum multis litigare. Quamvis actio ex empto cum singulis sit, proportione, qua socii fuerunt. Nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum, pronius est. l. 44. §. 1. Ædil. Ed.

1. Hanc Legem abrogandam censeo, vox est Groenewegii Censoris *ad h.* §. Cum æquitatis ratio non permittat, ut quisquam è pluribus, ad quos res pertinet, in amplius quam pro suâ parte teneatur. Ego nihil opus esse abrogatione putem; utique specialiter hujus legis respectu. Quia satis constat, Ædilitium Edictum hodie tantum facere ad explicationem actionis Empti, nec ea, quæ ab hac actione sunt aliena, in Foris nostris esse recepta: Veluti, quod Ædilitiæ actiones sint aliquando pœnales in duplum *l.* 23. §. 4. *l.* 45. *h. t.* Talis etiam est hæc singularitas, quod actiones Ædilitiæ dantur in unum ex pluribus, ad quem res ex majori parte spectat: Quod in Empti actione non habere locum, hoc ipso loco Paulus indicat. Quin nec in ipso Ædilitio Edicto videtur id fuisse generale; sed in odium venalitiariorum, qui mancipiis emendis vendendisque operam dabant, ita receptum est, ut indicat Paulus in versu: *quia plerumque venaliciarii*: Et in fine §. *Nam id genus hominum, ad lucrum potius vel turpiter faciendum, pronius est.* Quemadmodum Ædiles in Edicto suo, de mancipiis potissimum egisse, liquet ex ipso Edicto, quod extat *in l.* 1. §. 1. *h. t.* Nihil igitur hic Censuræ vel abrogationis usu venit, *hoc* quidem *loco*.

Africanus Lib. VI. Quæstion.

Fundum, cujus usufructus Attii erat, mihi vendidisti: nec dixisti usumfructum Atii esse: hunc ego Mævio detracto usufructu, tradidi. Attio capite minuto, non ad me, sed ad proprietatem usumfructum redire ait; neque enim potuisse constitui usumfructum eo tempore, quo alienus esset: sed posse me, venditorem te de evictione convenire: quia æquum sit, eandem causam meam esse, quæ futura esset, si tunc usufructus alienus non fuisset. L. 46. in pr. d. Evictiov.

1. Species facti: Fundum emi simpliciter à Titio, qui reticuit, usumfructum ejus fundi ad Attium pertinere. Ego mox eundem fundum vendidi Mævio, retento mihi usufructu, ignorans scilicet, Attium acquisivisse prius usumfructum. Mox Attius ob crimen est deportatus, & sic ususfructus ejus extinguitur. Nec jam obstat, quominus ususfructus à me libere exerceatur. Sed Cajus, qui fundum à me, deducto usufructu, emit, re cognitâ, usumfructum sibi vindicat. Ait; ex lege venditionis, ususfructus fundi, cum primum finiretur, ad me reverti debebat: Atqui jam finitus est. Ergo fieri debet, quod juris est semper, ut ususfructus si totus finiatur, ad proprietatem redeat, & proprietas est penes emptorem fundi §. *ult. Inst. de Usufr.* Hoc ita faciendum esse respondet Africanus; sed durum & iniquum id esse putat *Autumnus*, & subtilitate juris captatorium: Actum enim id est, inter emptorem & me venditorem, ut ususfructus me penes maneret. Id jam ita usu venit, ut fieri possit. Contra fidem bonam videtur hæc esse captio emptoris Mævii, quod, cognito, usum-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

AD

LIBRUM XXII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Papinianus Lib. 11. Quæstion.



Um judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis, usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur. Ita tamen, ut legi non offendat. L. 1. in pr. d. Usur.

1. Primo quidem offendunt ultima verba, *ut legi non offendat*, quæ negat esse Papiniani D. Wissembach *in Embl. ad h. loc.* eaque adjecta censet à Triboniano, qui respexerit ad *l. 26. C. de Usur.* ubi modus usurarum accepit Legem certam. Accedit insolens constructio, *offendat Legi*, cum vox illa cum accusativo construatur. Sed Ulpianus *in l. 15. d. Serv. Rust pr.* dixit etiam, *ne prospectui offendatur.* Et modus *legitimus* usurarum alibi quoque reperitur, ut vidimus in *l. 8. In quib. caus. Pign. tac.* ubi, quemadmodum Emblematicæ censuræ non videri esse locum, defendimus, ita nec hic quidem, aut in *l. 9. pr. h. t.* aliisque pluribus, ubi de modo Usuræ legitimæ agitur, necessaria videtur: Cum & olim fuerit modus quidam lege præscriptus usurarum, ut ipse D. Wissenbachius *hic* fatetur; Argumentum autem à constructione, quod Fabri est palmarium, non urget ille, quemadmodum nec urgendi ratio esse videtur.

2. Sed hæc Levia sunt; Gravior Censuræ moles incumbit huic positioni, quod usuræ modus in judicio bonæ fidei à judice constituendus sit: cum ingens numerus Theologorum, JurisConsultorum & Philosophorum Fœnerationem penitus damnet: Quam, etsi vulgatam quæstionem hic nullo modo omittere fas est. Demus autem huic sententiæ Usuris adversæ Patronum ex Juris-

Consultis: Antonium Matthæum, qui vehementer id agit, *in disp. miscell. 6. de Fœneratione non ferendâ in bene constitutis Rebuspubl.* Ubi intelligit per Fœnus Mercedem pecuniæ quæstus causâ perceptam: Quatenus enim ejus quod verè interfit ratio habetur, id in controversiam non vocatur. Rationes ejus contra usuram quæstuariam, cui nomen fœnoris excellenter tribuit, sunt hæ, quas subjecimus. I. Testimonia sacrarum literarum *Ex.* 11. *Levit.* 25. *Deut.* 23. *Psalm.* 15. *Proverb.* 28. *Luc.* v. 35. quibus locis tam disertè fænus, cujuscunque etiam generis fuerit; prohibetur, ut hoc nemo indubium revocare debeat, nisi apertè manibus argutiis oracula divina fallere se posse putet. II. Quia fœneratio tollit Christianam caritatem, quæ sane postulat, *inquit*, ut nummi sine fœnore credantur. III. Quia Mutuum officii & necessitatis sublevandæ causâ institutum est: quare ad quæstum converti non debet. IV. Quia quæque res ei quæstuosa esse debet, cujus periculo est *l.* 13. §. 1. *Commod. l.* 10. *d. R. J.* V. Quia creditor, invito domino, fructus ex aliena re quærit, Est enim debitor nummorum dominus *pr. Inst. Quib. mod. re contr. obl.* VI. Absurdum est, & contra naturam, ut æstimetur nummus, vel ejus usus, qui aliarum rerum æstimandarum causâ inventus est *l.* 1. *d Rer. perm. junct.* §. *in pecudum Inst. de Rer. divis.* VII. Nummus permutandi & erogandi causâ ad res necessarias inventus est. Ergo non potest adhiberi, ut augeatur & multiplicetur. VIII. Pecunia est sterilis, à naturâ minimè facta ad fœtum & fructum producendum. IX. In contractu usurario venditur id, quod non est: Usus sortis, qui ab ipsâ sorte non potest separari, quod est argumentum Thomæ Aquinatis 2.2 *Quæst.* 78. *art.* 1. X. Fœnoris cupiditate fit, ut mercatura jaceat, opificia negligantur, agricultura sordescat, pecuaria deseratur, fortunæ omnium prodigantur, & extremum salus Reipubl. periculum adeat. Accedit auctoritas Juris Canonici *t. T. x. de Usur. Cap. Non licet & sequ. dist.* 46. *& dist. sequ.* Item *cap.* 14 *Q.* 3. *&* 4. Quin Titulus de Usuris subjicitur *Tit. de Furtis*, ut significetur, fœnerari esse furari, imo ut Cato dicebat, esse idem, quod, hominem occidere. Accedit aliorum auctoritas Veterum & recentiorum, certatim Fœnus, id est, usuram Quæstuariam damnantium, quos inter Johannem Parladorium laudat D. Matthæus, Molinæi opinionem diversam his verbis refutantem. *Hæc mihi scribenti, venit in mentem*, inquit, *Molinæi opinio, quam de hac re literis prodidit in tract. de Commerc. n.* 5. 9. *&* 515. *atque non potui non in virum alioqui doctum excandescere, qui divina & humana jura corrumpens ausus sit scribere, etiam hodie usuras esse permissas, tam jure Divino quam Pontificio, dummodo legitimum modum Legis & charitatis non excedant. Manifestum sane deliramentum & ab hæresi non alienum.* Cui succinit Didacus Covarruvias *lib.* 3. *var. Resol. c.* 1. *n.* 6. *Usuras Legibus Justiniani permissas*, inquit, *& approbatas fuisse opinor: sed Leges improbas esse censeo.* Ita uterque Hispanus ille JurisConsultus: Nec aliter plerique non modo Pontificii, sed etiam Protestantes Juriperiti. Sed è Theologis Protestantes ferè in diversam concesserunt opinionem, eam videlicet, quæ Molinæo adscribitur à Parladorio; Usuræ prohibitionem Jure divino & naturali saltem eatenus accipiendam esse, quatenus charitati adversatur; Supponentes eam non necessario, neque semper adversam esse Charitatis Legi. Tenendum autem, quod diximus, Usuram hic intelligi, quæ propter solum quæstum infligitur,

etsi

etsi nihil forte compenset, nec moram debitoris puniat: Quemadmodum usura distingui solet in Compensatoriam, Punitoriam & Lucratoriam. De hac ultimâ specie solâ disputatur, quam Fœnus vocat D. Matthæus arbitrio suo: Nam satis constat, fœnus & usuram non discerni Jure Civili, utcunque ferè sic usu veniat, ut usura immodica Fœnus vocetur: quod etiam accidit Germanico Wucher/ sive Woecher. Usuram enim eâ voce propriè significari tam certum est, quàm, quod non extat alia, quæ illam nativo sensu denotet. Nam Interessen vel Renten/ neutrum est Germanicum, è Latino utrumque corruptum, ac etiam alienæ significationis, molliendæ invidiæ causâ, pro Woecker inventum. Nam Interessen notat solam compensatoriam ejus quod interest: Et vox Renten/ significat reditus, quos reddit ager aut domus aut alia res ex usu fructuque suo, quem præstat alii, contractè ex *Rendenten*. Sed auctoritatum hinc inde finis nullus foret. Ad rationes transeamus, quibus examinandis in *Prælection. ad h. Tit.* abstinuimus; hic, ob instituti rationem, supersedere non licet.

2. Ad auctoritatem sacræ scripturæ, communis est responsio; prohiberi in illis usuram duntaxat rodentem, mordacem, pauperes exhaurientem, immodicam, non quamlibet. Eo pertinere vocabulum נשך/ quasi diceres *morsum*, quo sacræ literæ usuram appellant, à quâ distinguatur תרבית/ *exsuperantia*, per quam usura moderata significetur. At hoc quidem refellit ex eo D. Matthæus, quod utrumque vocabulum apud Ezechielem *c.* 18. *v.* 8. conjungitur ad probitionem, ut & Levitici 25. *v.* 36. Pauperum quidem mentionem fieri *Exod.* xx. 11.25. *& Levit. d. l.* Sed reliqua loca *suprà* allegata non distinguere. Necest, ut negari possit, Fœnus Hebræis inter se, penitus fuisse prohibitum; nec salva religione vel pietate licuisse Judæis ab se invicem percipere usuras. Saltem adversus alienigenas eam fuisse permissam constat, è *Deuteron.* xxiii. 20. Quæ res argumentum nobis diversum respondendi præbet; Legem illam fuisse politicam, non moralem universam; ad statum Reipubl. Hebraicæ, terrestris populi, à negotiatione maritimâ remoti, accommodatam. Cujusmodi gentibus usura semper, etsi levior, molesta fuit, ut de Romanis veteribus aliisque populis constat. Quemadmodum è diverso, apud quas mercatura viget, his usuram prope necessariam esse vario usu compertum habemus. De Jure Naturæ non posse prohibitam videri usuram, probat solide Grotius *Introduct. Jur. Holl. l.* 3. *c.* 10. rationibus à nobis occasione responsionum ad argumenta superius colcata promendis.

3. Succedit igitur secundum Matthæi argumentum, quod *Usura sit adversa Christianæ charitati.* Quod si verum est, totam esse repudiandam, nemo Christianus negabit. Officium esse Juris Naturæ idemque Christianismi, proximo egenti subvenire gratis, & quidem ut ipsam remittamus atque donemus sortem, si nobis abundet, docet Christus Dominus apud Lucam vi. 35. ubi, *Δανείζετε μηδὲν ἀπελπίζοντες. Mutuum date, nihil inde sperantes*, quibus verbis, non usuram quod illi volunt, prohiberi, sed liberalitatem donationis inculcari, patet è *versu præced. Ἐὰν δανείζητε, παρ' ὧν ἐλπίζετε ἀπολαβεῖν, ποία ὑμῖν χάρις ἐστί; καὶ γὰρ οἱ ἁμαρτωλοὶ ἁμαρτωλοῖς δανείζουσιν, ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα. Si mutuo datis iis, à quibus spe-*

ratis vos esse recepturos, quam gratiam habetis? Nam & peccatores mutuo dant peccatoribus, ut TANTUNDEM recipiant. Intelligit vulgus Judæorum, quid ut usuris secundum jus Hebraicum in Foro receptum abstineret, liberalitatibus egentes non augebat. Cæterum, dare pecuniam hominibus ad exercendam mercaturam, ad emendos agros, usus que similes sub lege moderati lucri, quid aliud est, quam species quædam societatis? Quod ab eo qui pecuniâ à me acceptâ prædium emit & fructus inde percipit, usuram capio, quis id charitatis legi contrarium statuet, utcunque pecunia apud me otiosa futura fuisset? Pluribus id Grotius in *loco citato* confirmat. At rursus idem subvertit in *lib. 2. de jure B. & P. c. 12. n. 20.* ubi verba ejus hæc sunt; *Sed quicquid hac de re sentire libeat, sufficere nobis debet Lex à Deo Hebræis data, quæ vetat, Hebræos Hebræis pecuniam dare fœnori. Est enim hujus Legis materia si non necessaria, certe honesta moraliter; Unde & aliis maximè moralibus annumeratur, Psalmo, qui apud Hebræos est* XV. *apud Latinos* XIV. *& apud Ezechielem cap.* XVIII. *Quæ autem hujus generis sunt, Christianos quoque obligant, vocatos ad majora virtutum specimina, & quæ tunc officia homini Hebræo, aut alioqui circumciso (nam hujus cum Hebræo par causa erat) præstare jubentur, ea nunc præstanda sunt homini cuivis, omni populorum discrimine per Evangelium sublato, latiusque extenso proximi intellectu: quod præter cætera ostendit insignis Christi de homine Samaritâ apologus.* Argumentum in his verbis duplex continetur. Primum, quod Leges divinæ politicæ, probabili honestatis ratione subnixæ cunctas obligent nationes. Alterum, quod discrimen inter Judæos aliasque gentes per Euangelium sit sublatum: Cui implicitum est tertium; Quod Christiani omnes æque inter se fratres sint, quam olim Judæi fuerunt. Imo quartum, quod Christiani ad majora virtutum Specimina quam Judæi sint vocati. Quod ad Primum attinet; Leges positivæ ad politiam Judaicam spectantes, quæ omnes probabili honestatis ratione nituntur, per se non obligant alios præter Judæos; quia Deo Nomothetæ non fuit animus, eas aliis præscribere nationibus. Attamen si palam sit, eandem exactè rationem aliis convenire gentibus; videntur hæ quoque teneri ad illius voluntatis à Deo promulgatæ observantiam. Si non prorsus eadem sit ratio, manet positio prior; aliis gentibus non esse præscriptam legem hoc ipso, quod Deus olim ita locutus est; *Audi Israël.* Huc pertinet, quod Grotius, ex decimis, ad quas Levitis præstandas Hebræi tenebantur, colligit, Cristianis æque decimam redituum suorum in pios usus erogandam esse; Dicere debebat, ad alendos augendosque Pastores Ecclesiarum, sicut jure Canonico decimæ injunguntur. Atqui diversa ratio est Levitarum & Episcoporum Ecclesiæ Christianæ; quia Levitis decima in compensationem suæ portionis de terrâ Chananæis, cum essent una de XII. tribubus, adsignata fuit, cujusmodi nihil est in Pastoribus hodiernis. Quod autem ad reliqua pietatis officia spectat, non minus prolixè Cristianos hodiè teneri, quam Judæos olim, manifestum est; at sine respectu ad decimam Levitarum: unde tamen Grotius rationem deducit. Hac re bene perceptâ, reliqua duo illius argumenta corruunt; Est enim sane discrimen nationum, quod ad Charitatis attinet officia, sublatum; non æquè diversitas in statu cujusque civitatis, quam ad fœnoris usum pertinere demonstratum est. Ad quar-

quartam ejus rationem aliàs responsum dedimus non esse verum, quod veteres ante Christum ad minorem virtutum observantiam fuerint obligati quam nos sumus: quia tenebantur ad talem justitiam cui præmium & sanctio legis, *Fac hoc & vives*, conveniret; quâ sanctitate non potuit esse major. Sed hoc est verum, quo major Christianis lux affulsit, eo majorem ab illis expectari diligentiam exhibendi gratituidinem pro beneficiis, à deo acceptis; sed ut Spes vitæ antiquis eadem quæ novis fidelibus proponitur, ita obligationem utrisque eandem injungi certum est.

5. Sed post hæc omnia, non negamus rationem Fraternitatis, quæ nunc est universalis, omnino cautiones illas exigere, quas Amesius *in lib.* 5. *de Consc. c.* 44. *n.* 19. in genere fœneratitio præscribit; Primo cavendum, ne quid ultra sortem exigatur ab egenis. Imo his ipsam sortem esse remittendam *suprà* monentem Dominum intelleximus. Proinde. II cavendum, ne lucri aviditas aliquem impediat à gratuitis mutuationibus & donationibus. III. Cavendus omnis excessus, nec totum, quod Legibus usuque recepto licet, exigatur, verum citra illud subsistamus. IV. Remittendam esse usuram ei, cui sine culpa suâ, male cessit negotiatio, ad quam data erat pecunia mutuo; sicut in locatione Conductione sterilitas inexpectata facit locum remissioni mercedis. V. Spectandam in omnibus & singulis casibus æquitatem & misericordiam, denique. VI. declinandas esse calumnias & offensiones, quibus fœnerandi institutum apud omnes populos obnoxium est. & postremò detestandum videri fœnus trapeziticum vulgaris usus, ut monuerat *n.* 5. quâ de re mox aliquanto latius. His rationibus argumento de Lege charitatis Christianæ, quæ revera fundamentum hujus universæ disputationis est, minimeque spernendum Juris Studiosis, satisfactum putamus.

6. Tertium argumentum, à naturà Mutui, quod mere beneficum & gratuitum sit, petitum ac ita collocatum est *superius*. Ad hoc ita respondet Amesius *d. cap.* 44. *n.* 7. ut neget, Mutuum ex naturâ suâ esse gratuitum. Imo ille usuram definit hoc modo, Lucrum mutuo ex quæsitum *vi ipsius Mutui d. cap.* 44. *n.* 1. ingenti solæcismo Juridico. Nam Juris auctores Mutui Naturam adeo statuunt gratuitam, ut si quis expresse stipuletur undecim pro decem reddi, non nisi decem peti possint *l.* 11. §. 1. *d. Reb. Cred.* Nec ullam viam patiuntur excogitari, qua mercenarii quicquam Mutui naturam, vel ejus actionem ingrediatur. Nec id tam ab ipsis excogitatum, quam ex Gentium jure videtur esse transsumptum. At enimvero posterior usus hominum non tulit, ut pecuniæ majoribus summis absque lucro semper apud alios collocarentur. Proinde cum Mutui natura nullam ferret accessionem, separatis conventionibus usuras constituerunt. Quod Amesium ita non distinguere, sed conventionem, quæ Mutuo adjicitur, nec aliam habet causam, ipsi Mutuo adscribere, facile ignoscendum est: Quò facit hoc, quod, si maximè concedatur, Mutui naturam esse gratuitam, nihil aliud inde sequatur, ait Amesius, quam Mutuum, si non gratis fiat, transire in alium contractum, vel nominatum, vel innominatum, vel simplicem, vel mixtum aut duplicem. *d. cap.* 44. *n.* 7. Sit igitur Mutuum in se gratuitum, & seorsim accedat Usura; nihil in summâ rei interesse palam est.

7. Quar-

7. Quartum argumentum nihil aliud continet, quam hoc; Incommodum cujusque rei pertinere ad eum, qui fert commodum. Quid inde? Vis argumenti esse deberet hujusmodi; Nemo fert commodum ex eâ re, cujus periculum ad alium pertinet, è casu fortuito scilicet. At pecunia mutuo data periculo debitoris est: Ergo Creditor inde non potest percipere lucrum. Sed propositio falsa est. Nam usufructuarius lucrum percipit ex ea re, cujus ad alium spectat periculum, *l. 5. l. 10. C. de Jur. Dot.* Quod etiam in locatione conductione sæpe fit: nec tamen ea res impedit, locatorem inde percipere lucrum. Habet omnino causa lucri ex aliquâ re percipiendi separatam à periculo rationem, Nam & si gratuitum rei nostræ usum aliis concedamus, periculum manet nostrum. Ac ita lucrum est penes eum, qui expers est periculi. Sed excipiet D. Matthæus, Id fieri, volente domino; cum usura; domino invito, percipiatur: Id enim argumento ejus, quod est numero *quintum*, continetur. Sed hujus adsumptio falsa est: Nam usura quæstuaria, nonnisi ex Conventione debetur: Quæ autem ex morâ ab invitis exigitur, ob pœnam tardæ solutionis infligitur; quam esse justam, ipse D. Matthæus in *disp. Miscell. 7. n. 3.* statuit: Etsi proculdubio, in hanc etiam conveniat limitatio; nisi ob paupertatem adversamque fortunam debitor ad diem dictam solvere sit impeditus.

8. Sextum argumentum à natura nummi petitum, habet speciem, vim non habet. Nummo res omnes æstimantur, Πάντα νομίσματι μετρεῖται, dictum Aristotelis, Ipse non potest æstimari. Imo nihil promptius & facilius æstimatu est nummo; cum ipse sit æstimatio æstimata. Præter quod, usus ejus æstimatur, non ipsa pecunia: usus autem pecuniæ non est nihil à pecuniâ diversum. Exemplo sit, ususfructus rerum quæ utendo consumuntur, quas inter eminet pecunia. Senatus Romanus fecit Instar Ususfructus ex ejusmodi rebus: ut tametsi Fructuarius ipsas res consumeret, tamen emolumentum ex usu illo gratuito faceret jus, quod appellant Quasi usumfructum. Idque emolumentum ex usu illo rerum, quæ jam ipsæ desierunt, civilem recipit æstimationem, omnique die civiliter exercetur, idque sine ullius contradictione vel iniquitatis argumento. Non est validius, quod à naturâ Nummi *septimo* loco prolatum fuit, illum esse ὑπάλλαγμα τῆς χρείας, ut Aristoteles ait 5 *ad Nicom. c. 5. vicarium indigentiæ instrumentum*, ad comparandas res necessarias: Ergo non ad lucrum inde conficiendum. Ergone pecuniam duntaxat usus necessarii causa habere licebit? Hoc inde quidem sequitur. At cum abundantia nummorum prohibita non sit; & cum nihil ad omnigenos usus sit aptius & expeditius nummo, quid ni per conventionem de partiendo lucro, abundantiam illam, salvo charitatis erga alios officio, procurare liceat? Quin nullâ re melius conspicitur Aristotelici usus dicti, quo Nummus in *eod. cap.* vocatur, τῆς μελλούσης ἐνδείας ἐγγυητής, *Sponsor indigentiæ futuræ*: nec enim potest hæc melius, quam per moderatam usuræ stipulationem, sine læsione charitatis, sponderi. *Octava* ratio adhuc à natura Nummi petita nimis placet ἀνεπιτηδείως: Quod pecunia sit res sterilis, quæ proinde nec fructum dare, nec parere potest, quod tamen fit per τόκος, *fœnus*, cui à τίκτω, quasi *fœtus*, nomen est inditum. Credo, si quis sementem pecuniæ faciat, sterilem illam repertum iri. Sed hominum industriâ

factum

factum est, ut nihil sit fertilius, nihil fructuosius pecunia. *Nona* ratio occupata jam est responsione, quam dedimus ad argumentum septimum; qua usum pecuniæ civiliter ab ipsâ forte distingui posse atque solere probavimus. Denique, postrema objectio non nisi in Fœnus immoderatum & trapeziticum convenit, de reliquis & moderatis usuris diversa passim repugnat experientia. Postremo, quæ sit Juris Canonici sententia, postquam de Jure Divino absolvimus, minus laborandum puto, & videri potest Mæstert. *de Just. Leg. Roman. dub.* 21. Id equidem Molinæo, quem insectantem audivimus Parladorium *loco citato*, adfirmanti facile credimus; Juris Pontificii Interpretes tot casus, quibus lucrum de pecuniâ sit licitum, excipere, ut satius foret, usuram moderatam, nec in officia charitatis impingentem, statuere licitam esse & permittendam. Nec scio, an multum ab hoc vitio absfuturus sit Grotius, si positiones ejus, quibus negat usuram committi, postquam jure divino prohibitam esse contendit, ad hypothesin deducantur. Sic ait *in lib.* 2. *c.* 12. *n.* 21. *Observandum tamen est, esse quædam, quæ ad usuræ speciem accedant, ac vulgo usura esse videantur, cum tamen pacta sint generis alterius. Ut de repensando damno; quod facit, qui pecuniam dat mutuam, eo quod diu pecuniâ careat: item de lucro ob mutui dationem cessante, deducto scilicet, incerto spei, & labore, qui subeundus fuerat. Sic etiam pro impensis ejus, qui multis dat mutuam pecuniam, & in hoc paratam habet: & pro periculo amittendæ sortis, ubi idonee non cavetur, si quid exigitur, usura verè non est &c.* Non puto, quenquam facile de Usurâ in Foro convictum iri, cui ad talia se recipere licet, ut se expertem usuræ esse probet. Ita adversus Censuram, per ea quæ diximus, facile tuti esse videmur.

Papinianus Lib. XI. Responsor.

Usurarum stipulatio, quamvis debitor non conveniatur, committitur. Nec inutilis legitimæ usuræ stipulatio videtur, sub ea condicione concepta, Si minores ad diem solutæ non fuerint. *Non enim pœna, sed fœnus uberius justa ratione sortis promittitur. Si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatam esse moram, constitit. Ideo, si majores usuræ prioribus petantur, exceptio doli non inutiliter opponetur. l.* 9. §. 1. *d. Usur.*

1. Hujus pacti usus valde frequens incidit in Eunomicam dubitationem. Usuras quincunces anno elapso dare Spondes? Si non solveris intra mensem post annum, semisses dare Spondes? Hanc esse licitam pactionem, respondet Papinianus, redditâ ratione, quæ habet ἀναντίῤῥητον: *Non enim pœna, sed fœnus uberius, justâ ratione sortis, promittitur*, inquit. An igitur pœnam addere non licet usurariæ stipulationi, pœnam, quæ non excedat legitimum usurarum modum? Nam si hunc excedat, nemo illicitam esse dubitabit, *h. l.* 9. *in pr.* Imo talis pœna licita est *l.* 44. *h. t.* Quid igitur hic? Magis est, ut concisa locutio sit, referens se ad id, quod in *pr. ejusdem L.* habetur, non esse pœnam, illam, quæ fraudem faciat justo usurarum modo, cum se intra legitimum usuræ, licet uberioris, præscriptum contineat. Nam esse pœnam, quando non solutâ ad diem

usura, gravior inferenda est, probat *lex* 11. *h. t.* Hoc igitur seposito, videamus, an justa sit eorum ratio, qui pactum hujus loci, inter ea quæ cavenda sint in genere usurario, qualia superius ex Amesio habuimus, & quæ gravem odiosumque ejus usum demonstrent, referunt. Ita multos in Foro opinantes, &, si adversus debitorem forte pactum illud valeat, in concursu Creditorum ejus non habendam esse rationem credentes, offendimus. Ex legis hujus sententiâ tamen aliter statuendum esse videmus; nec Judicem ejus effectum paciscenti denegare posse, tenendum est. Nec tamen negari potest, aliquid ei nimis acre avidumque inesse; quo debitores ad usuras solvendas nimis imperiose adiguntur. Idque judicio communi, quod in æstimatione officiorum humanitatis & charitatis haud temère aberrat, ita censeri videmus. At tamen si intra præscriptum legis subsistat; ejusmodi non est hæc Creditoris diligentia, ut penitus improbari, nedum à lege, vel à Judicibus nullo modo repudiari possit, ne quidem in disputatione de Prælatione Creditorum. Etsi non sim alienus ab eo quod supra attigimus, satius esse, ut Creditor hujusmodi pœnalibus additamentis Usuram in stipulationem deductam non adstringat, vel intendat; *Cum offensiones & calumniæ, quibus obnoxium est hoc genus contractuum, declinari semper debeant, quantum fieri potest*: verba sunt Amesii *in fin. d. cap.* 44.

Paulus Lib. singul. de Usuris.

Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit: ut solet à foricariis, qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus. Cum autem in loco privati successit, etiam dare solet. l. 17. §. 5. *d. Usur.*

1. Satis habemus negotii, quo Privilegia Fisco data, quibus jura privatorum sæpe notabiliter occupantur & imminuuntur, cum Eunomiâ conciliemus, ut ne augendus sit iste labor, duplici gravamine & inæqualitate, quâ dicitur hic Fiscus usuras à suis debitoribus capere, suis vero creditoribus easdem non solvere: Quo nihil iniquius; si quidem nihil est æquius, quam hoc Prætoris Edictum; Quod quisque juris in alterum statuerit, ipse ut eodem jure utatur. Et quod tibi non vis fieri, id alteri ne feceris. Qui usuras à se peti non patitur, quâ fronte petit eas ab aliis? Duo singularia, tenent vulgo Doctores, non cadunt in eandem rem & personam: Hic non modo singularia, sed etiam dura duo cumulantur. Usuras enim jure communi receptas non præstare, quas alii solvunt, singulare durum est; Easdem ab aliis & eâdem causâ exigere, singulare durumque & inverecundum est. Ac ideo non servari hanc L. moribus hodiernis, auctor est Groenewegius *ad h. t.* Pro responsione tenendum primò; Agi hic de usuris ex morâ tantum, non ex stipulatione debitis, ut ex *præcedentibus* liquet: proinde, si quas promiserit Fiscus, ad eas sine dubio tenebitur. Dein, Fiscum teneri ad usuras, quatenus privato succedit ejusque jure utitur, ut est *in fin. h.* §. Præterea, quod Fiscus accipit ex morâ usuras à suis debitoribus, ordinarium est, nec eget defensionis: solum quod ipsemet eas non præstat, aliquid patrocinii desiderat. Haud tamen longius petendum, quam reliquis ejus privilegiis opus

opus est: A naturâ dominii eminentis, quod habet Civitas in bonis privatorum: Qui pati debent, ut privata commoda cedant publicis: idque tacito civium consensu receptum intelligitur. Moram aliquam à Fisco & Ærario Privati modicè & modestè ferre debent, beneque secum agi putare, quod citra longiorem moram sortem ipsam debiti sui integram adipiscuntur. Quod nemo, τῷ νῦν ῥυθμῷ, ut loquitur Plato, ut nunc se res se habent, vel ut olim habuerunt, ægrè ferendi causam habere se crediderit. Quæ ratio publicæ utilitatis & necessitatis tam prægnans est, ut non patiatur urgere juris Naturalis regulam, quâ Fiscus idem jus adversum se, quo adversus alios utitur, admittere debeat. Ubi par utriusque partis est ratio, ista valeat regula: non ubi tam late patet, ac inter privatos & Principem discrepantia. Quod autem Groenewegius de usu hujus loci abrogato Mornacium auctorem laudat *ad h. l.* nihil est. Is enim ibi de usuris à Fisco è speciali stipulatione debitis loquitur, de quibus in hac L. non agi jam diximus. Nec adeo de Moribus in universum fides Censori habenda videtur. Quid sint foricarii in hac L. vel, ut alias legitur, *fornicarii*, vide Gotofred. *hic*, & quos ille citat.

Marcianus Lib. XIV. Instit.

Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit, sive usurarum usuras; quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi & licitas peti posse. l. 29. d. Usur.

1. Positiones Artis bene compositæ secum invicem convenire debent, nec Æquitas aut humanitas sola facit Eunomiam. Ratio quoque & justa connexio requiritur; qualis non videtur esse inter has positiones; Usura sortis mutuo datæ est licita. Usura Usuræ non est licita. Quid enim? Usura mihi debita numquid est pecunia, & quidem pecunia optimo jure ad me pertinens? Quid ni igitur pro usu hujus pecuniæ perinde liceat usuram capere, quam pro usu cujus libet alterius pecuniæ? *Medium concludendi utrobique est idem*, inquit D. Wissembach *th. 4. b.* Argumentum in formâ sit hujusmodi; Pecuniæ jure alicui debitæ potest usura constitui. Usura est pecunia jure alicui debita. Ergo usuræ potest usura constitui. *Finge*, pergit D. Wissembach, *A quinquennio mihi debes usuras sortis: quas si statis temporibus mihi solvisses, fænori eas collocassem apud Sempronium. Si ergo apud alium essent sortis loco, quid ni & apud te?* Ad hanc difficultatem respondet idem Vir Cl. per hujusmodi instantiam, quod per fortiorem, ratio vincatur infirmior. Leges, quæ usuras usurarum damnant, fortiori nituntur hac ratione, quod *Accessionis non sit accessio l. 1. d. Usu & Usufr.* Usura autem est accessio *Rubr. de usur & fruct.*

2. Sed vereor ut hæc ratio dialectica, primo, vera sit, & dein, an validior sit, quam prior à nobis exposita. Nam si natura rei non repugnat, accessionis relativa qualitas nihil ad rem pertinet. Quid enim vetat, cum fœtus ovium sit in fructu, iique fœtus iterum sint lanigeri, §. *in pecudum fructu 37. I. de Rer. divis.* eundem & oves ex ovibus, & lanam ex ovibus ovium jure fructus percipere?

pere? Mercedes agrorum & domuum sunt fructus & accessiones prædiorum *l.* 36. *b. t.* Et tamen ob moram usuræ ex illis debentur *l.* 17. §. 4. *b. t.* Usuræ autem sunt fructus aut vice fructuum *l.* 34. *b. t.* Ergo Accessionis non tantum est Accessio, sed & ejusdem generis accessio. Non est igitur, ut illas positiones eo modo conciliemus, aut usuras usurarum è dialecticâ Juridicâ refellamus, sed ad æquitatem recurrendum est. Imo vero & hæc ipsa favere videtur usuris usurarum, ut demonstrat idem D. Wissembach. Ponamus, *inquit*, prætereа; inopia modo debitorem laborare, nec habere, unde Sortis usuras solvat, ideoque cogi aliunde sub gravioribus usuris mutuari pecuniam, quod Ciceroni est versuram facere, quâ primo creditori solvat usuras minores: An non satius est, usuras usurarum concedere, in quibus minor est jactura, quam in ejusmodi versura? Sic Wissembachius. Sed ego causam Æquitatis aliunde peterem, ut & desineret in publicam utilitatem. Legislator Romanus summam merito curam habuit, ne familiæ dissipentur, ut domus consistere possint; quod inprimis inde pendet, si homines coarctatis fortunis non impellantur & opprimantur, sed quantum pote, subleventur. Qui autem pecunias fœnori quærunt & accipiunt, nec usuris deinde solvendis sufficiunt, hi manifesto rebus in angustiis versantur: Quibus proinde consulendum esse, ratio publicæ utilitatis dictat, etiam contra subtilitatem & rigorem juris ordinarii. Nec valent dialecticæ rationes Juris ad hanc humanitatis ac utilitatis publicæ considerationem infringendam. Concedimus, usuras usurarum disputando per consequentiam Juris facile sustineri posse. Verum pertinet hæc res ad usum Juliani sententiæ, quam is habet in *l.* 51. §. *ult. Ad L. Aquil.* Multa jure Civili, contra rationem disputandi, pro utilitate communi recepta esse, quod innumerabilibus exemplis probari posse adfirmat.

Modestin. Lib. 18. Respons.

Ab Aulo Agerio Gaius Seius mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo: Ille scripsi, me accepisse, & accepi ab illo mutuos & numeratos decem: quos ei reddam Kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos. quæro, an ex eo instrumento usuræ peti possint, & quæ. Modestinus respondit, si non appareat, de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse. l. 41. §. *fin. d. Usur.*

1. Multum hic locus non tantum paradoxi, sed etiam παράλογον, contraque usum Fori indubitatum habere videtur. Usitatius enim nihil est, quam ut chirographa scribantur hac adjectione; met behoorlijcke Intreffen. Nec cuiquam in mentem venit, dubitare, quin ex ejusmodi verbis peti possint usuræ cum effectu. Quod tamen negat hic Modestinus, expressam usuræ quantitatem requirens. Idemque Ulpianus *in l.* 31. *b. t.* nullius momenti usurarum mentionem esse docet, *nisi modus certus adjiciatur*. Quod cur ita, ubi modus usurarum lege præscriptus extat, recipiendum sit, ratio nulla esse videtur. Ideoque moribus hodiernis, hanc Veterum sententiam non esse receptam, docet Groenewegius *ad hanc L.* Et innuere videtur, id ex ipso Jure Codicis *l.* 26. *d. Usuris*

quâ

quâ modus usurarum, juxta singulos hominum ordines, constitutus & definitus est, videri esse mutatum. Sed cum ibi tantum, quales & quantas stipulari liceat usuras, sit constitutum, cum productione modi illius ad casus, *in quibus sine stipulatione debentur usuræ*, non video, cur in imperfectâ stipulatione jus diversum, ab eo, quod hic traditur, statutum videri oporteat. Imo, quod in Foro secus obtinere dicitur, operæ pretium esse putem, examinari è singularum Statutis Gentium an ita se habeat; an non errore aliquo pragmatico potius, quam certa Juris interpretatione recepta sit diversa opinio. Quod nominatim de verbis Statuti Frisici *lib. 1. tit. 9. art. 3.* existimaverim. Verba sunt hæc *ubi usuræ non sunt promissæ, ibi computatio fit ex morâ, proportione septenariâ de Centum in anno:* quæ proportio dein redacta est ad Quinque de Centum. Hinc sæpe duas collectiones vidi factas, Unam hanc; In omnibus causis generaliter, nullâ usurarum stipulatione factâ, præstandas esse usuras ex mora, etiam in contractibus stricti juris, quomodo & Wissembachium nostrum esse opinatum & Frisicam legem interpretari solitum esse alibi animadvertimus. Alteram, Quod, ubicunque facta fuerit usuræ mentio, sed omissa Quantitate, semper intelligendæ sint Quincunces usuræ, sicut olim septunces. Quod ad primam attinet collectionem, nimis illa procul abest à sanâ ratione, præsumptâque Ordinum Frisiæ mente, qui Jus Civile religiose custodiunt, ut usuras ex morâ voluerint introducere, ubicunque promissæ non fuerint, adeoque in strictis etiam contractibus. Nihil in illis verbis indicant, quam quod Imperator in *d. l. 26.* modum usuræ Statuto præscriptum, quam stipulari liceat, etiam in his quæ ex mora debentur, obtinere. Sensus igitur verborum est; Modum præscriptum ad usuras ex stipulatione spectare: Cessante Stipulatione, causam usuræ secundam esse Moram, in quâ servanda sit, taxatio septuncium usurarum; quæ lege recentiori in Quincuncem mutata fuit. Et hæc quidem pars interpretationis non multum habet difficultatis, nec enim in Foro nostro dubitatur, quin usura in contractibus strictis ex stipulatione, vel litis contestatione, non etiam ex morâ extrajudiciali obtineat.

2. Altera positio, quod ubi usuræ sunt promissæ, Quantitas autem expressa non est, debeantur usuræ legitimæ, septunces vel quincunces, non magis est in verbis hujus Statuti, quam in *d. l. 26.* Modus ille pertinet ad usuras, quarum causa est perfecta, Stipulatio scilicet, aut Mora. Sed Ulpianus & stinus & Modestinus in eo se fundare videntur; quod Stipulatio usuræ sine expressa quantitate, sit imperfecta Usuræ causa & proinde nulla. Cui accedit, quod ut Usura quidem licita, sic tamen non est favorabilis, ut adjuvanda sit interpretatione: Supplendumque sit ultro, quod ad petitionem instituendam est necessarium. Existimo igitur, quod hæc *l. 41. §. ult. & l. 31. h. t.* statuunt aliter se non habere moribus hodiernis, neque nostris profecto Statutis. Verum enim vero non faciunt hæc ut dicendum sit, stipulationem ejusmodi, qualem diximus, usurarum, met behoorlijcke Intressen/ istarum legum argumento inutilem videri. Quid enim aliud sibi volunt ista verba, quam si dicas, *cum legitimis?* In quibus ne quidem jure Civili ad petitionem usurarum quicquam desiderari crediderim; postquam legitimæ usuræ, secundum ordines hominum &

negotiorum *d. l.* 26. accuratè definitæ ſunt. Nec obſtat, quod in his legibus habetur, non valere ſtipulationem, niſi modus uſurarum ſit expreſſus: Hoc enim de caſibus ibi collocatis, aut ſimilibus accipiendum. Atqui Ulpianus habet caſum, ſi adjecta ſint ſtipulationi hæc verba; *Et uſuras, ſi quæ competierint*; Quæ cum ne uſuras quidem in genere ſtatuant, ſed tantum in conditione ponant, non eſt mirum, ex ejusmodi formulâ, nihil peti poſſe. Modeſtinus habet ita *cum ſuis uſuris placitis*. Quæ ſimiliter referunt ſe ad id, quod de uſuris placuerit. Quod cum non liqueat deinceps, non poteſt etiam fieri, ut actio inde certa competat. Ideoque Leges iſtæ non modo cenſuræ nihil merentur: Sed nec ad caſum propoſitum concluſio illarum pertinere videtur.

Papinianus Lib. III. Reſponſor.

Pro operis ſervi trajectitiæ pecuniæ gratiâ ſecuti, quod in ſingulos dies in ſtipulatum deductum eſt, ad finem centeſimæ, non ultra duplum debetur. In ſtipulatione fœnoris, poſt diem periculi ſeparatim interpoſita, quod in ea legitimæ uſuræ deerit, per alteram ſtipulationem operarum ſupplebitur. L. 4. §. 1. d. Naut. fœn.

1. Pro pecuniâ, creditoris periculo navigantibus mutuo data, licuit olim uſuras ſtipulari & capere in infinitum, uſque dum navigaret navis & pecunia creditoris eſſet periculo, teſte Paulo *lib.* 2. *ſent. tit.* 17. §. *Trajectitia*, donec Juſtinianus eam ad Centeſimam reduxit *in l.* 26. *C. de uſur.* Unde igitur in hoc §. *Ad finem centeſimæ*, reſtringitur uſura talis pecuniæ *plus trecentis ante Juſtinianum & d. l.* 26. *annis?* quod eſt primum Cenſuræ argumentum. Plura ſequuntur. *Id*, ait Cujacius *ad. d. tit.* 17. *Tribonianum ex Juſtiniani Conſtitutione addidiſſe puto.* Sed retractat hanc conjecturam *lib.* 5. *Obſervat. c.* 38. poſtquam animadvertit, hanc uſuræ ſtipulationem pro ſervi operis reſpicere ad tempus, quod diem periculi ſequutum eſt: quo tempore locus eſt ordinariis uſuris, quæ tempore Papiniani finem habebant in Centeſimâ. Hoc enim ſenſu *Finis* vocabulum adhibet etiam Papinianus in *l.* 17. §. 1. *d. Caſtr. pecul. & l.* 42. §. 1. *d. Solut.* Quod autem additur, *non ultra duplum*, id agnoſcit genuinum Cujacius, idque illuſtrat Ægyptiaca Lege vetere, quam Diodorus Siculus in *lib.* 2. commemorat, *τοὺς μετὰ συγγραφῆς δανείσαντας ἐκώλυε διὰ τοῦ τόκου τὸ κεφάλαιον πλεῖον ποιεῖν ἢ διπλάσιον. Eos, qui mutuas cum chirographo dant pecunias, vetuit, ſortem per fœnus auctiorem facere duplo.* Sed Hotomannus *lib.* 5. *obſ. c.* 17. haſce voces *non ultra duplum*, tollendas arbitratur; quia non habent civilem ſenſum. Nam uſura Centeſima non æquat duplum, niſi poſt centum menſes, id eſt, annos octo & amplius menſes quatuor. At quomodo ſervus, qui exigendæ pecuniæ & uſuræ cauſâ à Creditore in nave collocatur, pro cujus operis hæ ſunt uſuræ, poteſt ſequi navigantes eâ gratiâ, poſt tempus, ad quod credita fuit pecunia, in annum uſque nonum? Non habet ea res facultatem in *κερματολόγῳ*, quâ voce Græci talem ſervum deſignant. Ideoque gloſſator aliquis illud de duplo adjeciſſe videtur, vel potius ipſe Tribonianus, quia Baſilici hæc verba ſuis in libris habuerint, *Μέχρι τῆς ἐκτίσεως, οὐχ' ὑπὲρ τὸ διπλοῦν.* Etſi inter Tribonianum & Baſilicos cum tria ſecula inter-

intercesserint, necesse non sit, hunc errorem, vel ἐμβλήμα imperitiæ, soli imputare Triboniano. Putavit glossator, ait Hotomannus, verbis *ad finem*, significari tempus, quasi dixisset Papinianus, non licere stipulari usuras, nisi ad finem centesimæ pensionis; Idcirco adjecit, in margine, *non ultra*; Quod alius forte non intelligens adjecit adhuc *duplum*. Quia stipulatio usuræ ultra duplum extendi non potest *l.* 26. §. 1. *C. de Usur.* Hæc aliaque adstruendæ conjecturæ atque Censuræ ab Hotomanno cumulata, nituntur remotione hujus absurdi, *quod nemo unquam* post repertam navigandi artem κερματογλύφος, *in expectanda post diem periculi pecuniâ, & debitore adsectando, in annum usque nonum apud navem moram traxerit*, sunt verba ejusdem Hotmanni.

2. Videamus, an hæ res ita necessariò, quemadmodum vel Cujacius, vel Hotomannus volunt, intelligendæ sint: faciemus autem quod soliti sumus, In Legis verba, semotis commentariis, intuebimur. Quid si autem hæc ejus sententia simplex & clara sit? Creditor, qui nautæ mutuo dedit notabilem pecuniæ summam, periculo suo, ut, si navis periret, sors ipsi periret; addidit nautæ servum κερματογλύφον, qui animum negotiationi usuræque adverteret. Pro ipsa pecuniâ trajectitiâ stipulari potuit usuras in infinitum, ut Paulus *d. l. sent.* docet, sed pro servi operis non potest excedere centesimam finem usuræ veterem ordinariæ, nec ea potest ultra duplum adsurgere; Ideoque post annos octo, menses quatuor, hujus usuræ cursum cessare oportebat. Adeone id impossibile est, ut servus idem in annum usque nonum apud eandum navem commoretur, ut Hotomanno videtur? Non dixerint nautæ Batavi, ne Frisii quidem, id nunquam esse factum, nedum posse fieri, quod sæpe fieri constat, etiam in longius. Sed instat Hotomannus, id non esse verisimile, post diem periculi, quod creditor in se receperat elapsum, fieri: Ubinam hoc in textu, post diem periculi? Puto servum fuisse additum navi, & stipulationem usuræ pro ejus operis factam, habuisse usum, durante periculo pecuniæ trajectitiæ. Nam quod in sequente periodo habetur, de *post diem periculi*, ad hunc casum qui præcedit, non pertinet. Hoccene fieri non posse dicemus, ut pecunia trajectitia, creditoris periculo, in plures annos apud eundem nautam relinquatur? Imo nihil usitatius. Et hoc si verum est, sicut nihil obstare videmus, nec prior neque posterior Cujacii observatio vera esse videtur; cum prima nitatur hac hypothesi, quod usuræ stipulatio facta sit pro pecuniâ trajectitia: Cum sit pro servi operis, qui navem trajectitiæ pecuniæ causâ sequebatur; cujus separatam esse rationem ab ipsâ pecuniâ, existimo, Nec quod de infinitis usuris pecuniæ trajectitiæ causa singulariter receptum fuit, ad operas servi pecuniis additi, productum fuisse credendum est. Posterior interpretatio Cujacii habet eandem cum Hotomanno hypothesin, quod hæc stipulatio usurarum post diem periculi concepta fuerit; quod nec inquam, è textu, nec è naturâ negotii liquet. Tertia Hotomanni hypothesis, de morâ octennali τοῦ κερματογλύφου servi apud eundem nautam, occupata jam & refutata est. Ita vehementer fallor, aut rursus verum est, παμμέγιστον, σφίγγος.

3. Cæterum. Quod jure veteri obtinuit, ut trajectitiæ pecuniæ, teste Paulo, licita fuerit usura in infinitum, respectu periculi, quod Creditor præter naturam-

ram-

ram Mutui ordinariam fert, à Justiniano redactum atque restrictum ad Centesimam, hodiernis tamen moribus ad usum veterem reductum esse testantur pragmatici; vocabulo *infiniti* civiliter accepto, de eo, quod finem certum non habet, secundum ea quæ à nobis dicta sunt in *Prælect. ad h. Tit. n. 2. b.* E quibus etiam responderi potest, ad censuram, si quis eam intentet huic infinitæ usurarum licentiæ, nominatim ad id, quod Plutarchus Ciceronem præfert Demostheni *in Compar. vit. utriusque*, eo quod hic *ἐπὶ ναυτικῷ ἐδάνειζεν, pecuniam exerceret trajectitiam*; quâ de re diximus ad *Prælect. d. Tit. in pr.*

4. Plus negotii fuerit, enormitati Usuræ Trapeziticæ, quam hodie in nostris Civitatibus auctoritate publicâ exerceri videmus, & cujus supra aliquam *remissivè* mentionem habuimus, patrocinari. Addere aliquid dictis visum fuit, quando & Vir Cl. Johannes Andreas Vander Meulen in *Tract. de Jur. Poli, sive de For. Consc. part. 3. Qu. 5.* suum illi instituto patrocinium novissime commodavit. Est autem hoc genus Usuræ Trapeziticæ pignoratitium, in usum maximè pauperum, duntaxat eorum, qui in angustiis rei pecuniariæ versantur, atque ad inopiam vergunt. Hi pignora dant custodienda trapezitis pro securitate nummorum, quos Mutuo accipiunt, ac insuper usuras, cum minimum, solvunt duodecim, imò viginti & quandoque triginta pro centum annuæ proportionis, idque Magistratuum decreto muniti instituunt. Hujusmodi usuram non possumus non existimare, impingentem in fundamentale requisitum, quo meritum hujus Quæstionis nititur, charitatis Christianæ; Cum nulla periculi, vel compensationis, quæ mutuum accipientibus imputari queat, ratione sublevatur: Ideoque nobis eam probare tam est religio, quam in Republica Christiana ferri posse credamus *ἀνεπιτίμητον ἁρπαγὴν, ἀναίσχυντον πλεονεξίαν, ἀναιδῆ ἐμπορείαν, πραγματείαν λόγον μὴ ἔχουσαν*, quæ sunt verba Suidæ de negotio non dispari; *Publicanorum Rapacitatem permissam, impudentem avaritiæque plenam negotiationem, computationem sine ratione.* Sed in contrarium Vir Consultissimus: *Existimo*, inquit, *fœnus trapeziticum esse licitum, primo, quia percipitur Magistratus auctoritate, cui trapezitas constituere, jus competit, quique ipsis Leges exigendi præscribit.* Ad hoc est responsio, Magistratus imperio non posse Leges Charitatis infringi, nec quod in se turpe est, licitum honestumque fieri. Habet quidem Summa Potestas Eminens dominium, cujus vi de privatorum fortunis inæqualiter disponere potest: sed primo, Magistratus non habent illud dominium eminens: Et quando summa potestas hoc facit, sine causâ justâ, tunc illa facultas est jus externum, quale Prætor facit, quando iniquè decernit *l. 11. d. Just. & J.* jus Achabicum, cui quidem resistere nefas, sed execrandum est. Trapezitæ vero sive mensæ Lombardicæ, in quibus sine periculo, pignoribus depositis, Usura enormis ab hominibus coarctatis exigitur, justâ ratione manifesto destituuntur, & charitatis officia destruunt: Ideoque si à concessione Magistratuum jus illis adscribendum sit, non potest hoc aliud esse jus, quam quod obligat ad patientiam, non quod excuset eos, quorum activæ partes sunt in juris illius exercitio. His ita perceptis, ut apertè se produnt, labitur instantia Viri Cl. in his verbis: *Quod si itaque Magistratus per Leges Juris divini*

divini & Naturalis talem mensam exercere potest, nil obstat, cur non idem exercitium homini privato, nomine ipsius Magistratus facere liceret: personæ enim mutatio actum in se licitum illicitum reddere nequit. Sed negamus adsumptionem, scilicet, in Magistratibus hanc usurariam exactionem esse licitam, ut dictum: Quis enim jure divino vel naturali licere dicat hoc institutum Magistratibus, ut hæc vult exceptio, quod tam enormiter in leges charitatis impingit? Est tamen alia majoris instantia ponderis, quam subjicit Vir Cl. *Si ergo peccarent tales trapezitæ, oportet quoque ipsum peccasse Magistratum, quod tamen institutum in Magistratibus à nemine improbatum scio.* Imo qui rem improbat, nihilo magis in Magistratibus eam laudare potest, quam in ipsis mensulariis, ut nos jam indicavimus. Verum est, in magistratus non stringi Censuras consistoriales: sed hoc magis eo, quod rem vident extra facultatem effectus & virium suarum, ita consuli puto, quam quod è diversitate personarum jus variare statuant. Magis eo quod nolunt palam fieri, quibus vitiis impar sit Ecclesiæ disciplina, quam quod Magistratus societate iniqui instituti non putent inquinari. Pergit Vir Cl: *Ipsa præterea negotiatio, uti Magistratuum ita & Trapezitarum causæ maxime patrocinatur: Quod enim fænebrium mensarum exercitium, non sit actus intrinsece & naturâ suâ malus, vel inde evidenter satis probatur, quod ex antecedenti constat, usurarum exactionem, in quâ illud exercitium principaliter consistit, simpliciter in se malam non esse, nequidem secundum forenses Mosis Legis.* Atqui totum usuræ negotium pendere à charitatis observantia, dictum est abunde *superius*. Mensæ publicæ institutum si in usum pauperum nullâ vel levissimâ usurâ constitueretur, id nemo non laudaret. Excessus & enormitas usuræ, quæ in formandâ Quæstione, supposita & expressa fuit, totum hujus controversiæ meritum constituit, efficitque ut Usura Trapezitica, sicut in nostris civitatibus exercetur, illicita & nefaria sit. Quo magis miror, Virum Cl. qui mensas numulariorum publicas, ut sunt hodiè, atque uti suprà descriptæ sunt, intelligit, his verbis ad earum defensionem uti: *Præterea, hoc fænus*, inquit, *percipitur ex justis titulis, puta, pro lucro cessante, damno emergente & sortis periculo.* Quas ego quidem noverim, mensæ ejusmodi publicæ in Belgio à privatis auctore Magistratu exercitatæ, quæstus causâ ab hominibus id ex professo agentibus exercentur, sine ullo discrimine lucri alterius justi aliunde cessantis, vel damni illis ob hoc mutuum inflicti; nec quidem ullo sortis periculo: quod nullum esse, ubi pignora creditum valore superantia deponuntur in securitatem mutuantium, palam est, ut semper à Trapezitis in Belgio fieri constat. Denique, nec id illis justum dat patrocinium, quod deducto vectigali Magistratibus dari solito, & sumptibus in exercendis ejusmodi mensis necessario faciendis, computare possint usuras haud multum ultra legitimas adsurgentes. Nam vectigal, quod Magistratus percipiunt vitium totius instituti participat, quod Trapezitas illud lucrum Magistratibus condicentes, absolvere vel excusare non potest. Imo labes illa Reipubl. nostræ pudenda videtur, quod reditus publicos Civitates è sudore lacrymisque pauperum adfectant. Nihil ejusmodi ex omni vetustate pagana, Judaica, vel Christiana proferri potest, opinor; cum longe major antiquis Civitatium Rectoribus cavendi cura fuerit, ne familiæ exhaurirentur, ne-

ve pauperes fœnerantium prædæ expositi ad mendicitatem redigerentur: quod nulla re liquidius & inclementius, quam per hoc institutum, fieri videtur.

Scævola Lib. VI. Respons.

Periculi pretium est, & si, condicione quamvis pœnali non existente, recepturus sis, quod dederis, & insuper aliquid præter pecuniam: si modo in aleæ speciem non cadat. Veluti ea, ex quibus condiciones nasci solent, ut, Si manumittas, si non illud facias, si non convaluero, *&c. Nec dubitabis: si piscatori erogaturo in apparatum, plurimum pecuniæ dederim; ut, si cepisset, redderet: & athletæ, unde se exhiberet, exerceretque; ut, si vicisset, redderet. l. 5. in pr. d. Naut. fœn.*

1. Textus Eunomiæ gravis! in quo decem vel undecim mendas agnoscit, demonstrat, & tollit Hotomannus *lib.* 5. *obs.* 12. etsi quatuor contentus est vitiis D. A. Matth. *disp. ad ff.* 30. in *coroll.* Videamus & sequamur verba Juris Consulti, ut quid rei sit cognoscamus. *Periculi pretium est*, inquit. Agitur in hoc titulo de *pretio periculi*, quod Creditor fert in pecuniâ trajectitiâ, quæ propterea recipit usuram maximam. Cujusmodi pretium periculi, locum & in aliis Contractibus habere posse, docet hoc loco Scævola, velut, *si conditione, quamvis pœnali, non existente, recepturus sit, quod dederit, & insuper aliquid præter pecuniam.* Quotiens aliquis dat pecuniam, ut, si Titius Consul factus non fuerit, si navis ex India venerit, eam perdat; si vero Titius Consul factus non fuerit, si navis non venerit, eam recipiat, cum incremento quamlibet magno, valet conventio. Pretium periculi, quod fert Creditor ab eventu conditionis, eam facile sustinet: Idque licet conditio *pœnalis* sit, qualis est, si opera promissarii interveniat, ut est, si gubernator non duxerit navem in portum, si athleta non vicerit. Etsi enim de talibus aliquanto plus dubii sit, quia non est merum in iis periculum, sed culpæ mixturam habent, tamen, quia periculum prævalet in talibus, idem quoque periculi pretium in illis obtinere placuit. Pergit Scævola, *si modo in aleæ speciem non cadat.* In his verbis hæret expositio: Nam quo magis negotium incidit in aleæ similitudinem, eo majus est periculi pretium, eoque magis incrementum recipit infinitum. Cui difficultati accedit, quod exempla subjecta cum hac exceptione non cohærent: Nec enim hæ conditiones, *si non manumittam, si non illud facias*, in aleæ speciem cadunt, cum in potestate sint ejus, cui pecunia datur, hæ conditiones. *Si non convaluero* est quidem ex parte fortuita, sed non talis, cui additamentum pœnale conveniat. Vide sis igitur, ne levi mutatione legendum sit ita; *si modo in aliam speciem non cadat*, quam & Gotofredus Hotomanno adscribit, ego in illo non reperi, sed aliter, ut videbimus. Accursius tamen ita legisse videtur ex Gl. Qualis autem *alia* Species intelligatur, patet ex eo, quod sequitur, *veluti ea, ex quibus* conditiones *nasci solent*; Legendum *condictiones* haud dubiè. Intelligit autem condictiones causâ datâ, causâ non sequutâ. In quibus non est ejusmodi similitudo pecuniæ traje-

trajectitiæ, nec pretium periculi adjectum: Verum, si causa, propter quam data est pecunia, impleta sit, negatur repetitio è natura contractus innominati; si vero non sit impleta, repetitio datur, sine incremento ratione periculi, quod hic non fuit susceptum, nec venit in æstimationem. Ita sensus his verbis constat: *si modò in aliam speciem non cadat; veluti ea, ex quibus condictiones nasci solent, ut si manumittas, si non illud facias, si convaluero, & cætera.* In his speciebus argumentum trajectitiæ simile pecuniæ non habet locum, sed repetitio simplex datur, aut negatur. Sequitur in textu; *Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniæ, dederim, ut, si cepisset, redderet. Et athletæ, unde se exhiberet exerceretque, ut si vicisset, redderet.* Sunt hi casus indubitati Scævolæ: nec tamen desunt qui dubitant, nec dubitandi ratio deest, utrum ad casus in principio Legis, an deinceps propositos pertineant. Nam ad sequentes, nexus orationis per verba, *nec dubitabis*, immediatè illis subjecta lectorem ducere videtur: Sed ut ad priores magis referantur, faciunt ultima verba legis; *In his autem omnibus & pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.* Hoc enim de speciebus, quæ ad Trajectitiæ similitudinem accedunt, intelligitur *l. 7. h. t.* Proinde isti casus non tam ad contractus innominatos, Do ut facias, & similes, qui sunt posteriore loco in hic textu; quam ad eos, in quibus periculum à Creditore suscipitur, qui priores hoc sunt, pertinent; cum, si non ceperit, si non vicerit, pecuniam perdat: Ideoque recipiunt hi casus usuram quoque gravissimam.

2. Ita defungi posse videmur in hoc textu, unicâ emendatione, legendo *aliam* pro *Aleæ*, vel si *condictiones* pro *conditiones*, mutationis nomen merentur, duplici. Videamus nunc, quomodo refingat textum Hotomannus. A Principio sic legit; *Periculi pretium NON est, si conditione QUAVIS pœnali existente, recepturus sis quod dederis, & insuper aliquid præter pecuniam.* Sunt tres emendationes, particula *Non* trajicitur; τὸ Et deletur, & pro *quamvis* substituitur *quævis.* Non est satis prægnans Hotomanni ratio ad hanc mutationem. *Non si quævis*, inquit, *pœnalis conditio adhibita est, continuo periculi pretium dici potest.* Quid? est ne hoc in textu vulgatæ lectionis? Nihil minus. Hoc saltem, quod periculi pretium obtinere possit, etsi pœnalis stipulatio fuerit; quod ita se habere demonstravimus. Foret ita, ut vult Hotomannus, si textus haberet *quævis*, pro *quamvis*: sed ejus cavillatio ferenda non est, quod suum NON adstruit è lectione, quam ipse non invenit in textu, sed intulit in textum. Pergamus: *Si modo in aleæ speciem non cadat, velut ea, ex quibus conditiones nasci solent: ut si manumittas; si non illud facias, si non convaluero.* Hæc, ait Hotomannus, perspicuè vitiosa sunt; quia nullum è subjectis exemplis in Aleæ speciem cadit. Primum igitur versum; *si modo in aleæ speciem non cadat*, parenthesi includendum censet; quod etiam facit D. Matthæus *in d. Coroll.* At quo fructu, parum mihi liquet; si enim materia subjecta ab aleæ similitudine aliena sit, parenthesis inepta fuerit: & nos sine παρενθέσει sensum, ni fallor, idoneum dedimus. Hæc igitur *quarta* mutatio supervacua est; quemadmodum & *Quinta* D. Matthæi, Verba, *quamvis pœnali*, etiam parenthesi includentis. Sexta fuit, *Condictiones* pro *Conditiones* concessa. Septima emendatio, *si non manumiseris*, pro si *manumittas*,

tas, quam Hotomannus & Matthæus probant, petita est è Basilicis, qui sic habent, *ἵνα μὴ ἐλευθερώσῃς*: quæ verti deberent, *ut non manumittas*. hæc ferri potest, necessaria non est, ut supra demonstravimus. Pro verbis, *Et cætera*, quæ sunt in Florentino ETc. legit Hotomannus, *At*. Quod etiam cur necesse sit, nihil adfertur, idque erat *Octavum*. Nonum pro *piscatori erogaturo*, legi vult, *erogâro*. Cui subjungit *decimum*, tollenda esse verba, *plurimum pecuniæ dederim*, ut imperiti interpretis glossam. Rectius alii in hac parte Florentinæ lectionis acquiescunt. Undecimo, delet particulam *autem*, in ultimâ periodo, æquè sine causâ necessitatis, vel evidentis commodi. Sanctior oportet nobis sit Lectio Florentina, quam ut tam facile & *ἀδιαλλάκτως* laceretur. Definit igitur hujus Censura loci in duabus levissimis emendationibus, ALIAM, Pro ALEÆ, & CONDICTIONES Pro CONDITIONES.

Paulus Lib. III. Quæstionum.

Cum de indebito quæritur, quis probare debet, non fuisse debitum: res ita temperanda est, ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit; & ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes præstandas, quod pecuniam debitam accepit. Per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin verò ab initio confiteantur quidem suscepisse pecunias; dicat autem, non indebitas ei fuisse solutas: præsumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, numquam ita resupinus est, ut facilè suas pecunias jactet, & indebitas effundat. Et maximè si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, & studiosus paterfamilias: cujus personam incredibile est in aliquo facilè errasse. Et ideo eum, qui dicit indebitatis solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiæ causam indebitum ab eo solutum. Et, nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. L. 25. in pr. d. Probat.

1. Totam hanc Legem esse Triboniani; nec nisi duos priores versus à Paulo esse, contendit D. Wissembachius *Emblem. ad h. l.* quo autem usque versus illos extendat, non indicat. Cujacius *in lib. 21. obs. c. 26.* Propositionem Quæstionis à Paulo esse credit, reliqua esse Triboniani. Proinde Pauli sint oportet, hæc initialia verba. *Cum de indebito quæritur, quis probare debet, non fuisse debitum*; è quibus an duos versus fecerit D. Wissembachius, non dixerim: nisi quod hanc Censuram descripserit è Cujacio; sicut haud temere quicquam in Emblematicis habet, nisi ex aliis petitum. Oportet igitur Tribonianus, Quæstione Pauli verbis propositâ, continuo illum dereliquisse, suoque more decisionem esse persecutum. Quod ut Antonio Fabro in textibus integris eo modo subornandis adhuc quidem concedendum non putavimus, ita de Cujacio & Wissembachio minus ægre admittimus, eo quod illi in ipso legum argumento, quod Faber adsiduo agit; nihil reprehendunt; Ideoque non multum interesse vide-

videtur Eunomiæ, Pauli an Triboniani ſtylo diſtinctiones Juris explicentur: Etſi non admodum me delectant illæ, ſub Pauli nomine, Triboniani commentationes. Cujacius fatetur, Paulum in Lib. III. Quæſtion. egiſſe de Condictione Indebiti, ut conſtat *ex l.* 21. *& l.* 60. *d. Cond. ind. l.* 84. *d. R. J.* Ilum etiam hoc loco tractaſſe Quæſitum, utri incumbat onus probandi, cum agitur de Condictione indebiti ſoluti vel promiſſi; Actori ne, qui ſe indebitum ſolviſſe aut promiſiſſe dicit, an reo, qui ſe vere debitum accepiſſe dicit: Quæ eſt ipſa hujus loci Quæſtio & tractatus: ſine dubio pendens à facto & à circumſtantiis, cujusmodi ſemper ſunt verboſæ explicationes: Ut ſola prolixitas argumentum univerſæ ſuppoſitionis præbere non poſſit. Sed loquendi genus, ajunt, Græcum ſapit magis quam Latinum hominem: ut cum prudentem & attentum Patremfamilias vocat *ſtudioſum* σπουδαῖον, ut Græci: Cum loco τοῦ probare aut docere, ponit *oſtendere.* Hæc duo ſpecimina notant ad *hoc pr.* Sed etſi verbum unum & alterum ſit à Triboniano, non idcirco integros textus illi adſcribendos videri ſæpius obſervare datum eſt. Quod autem ad τὸ *Oſtendere* attinet, non deſunt ex mediis Pandectis loca plurima, in quibus τὸ *oſtendere* eodem modo accipitur *l.* 3. §. 1. *Ad Exhib. l.* 2. §. 1. *d. Dol. & met. except. l.* 34. §. *Gajusd. Legat.* 2. *l.* 16. §. *ult. d. Manum. Vind. l.* 24. §. *ult. d. Fideicomm. libert.* Quæ omnia loca nemo dixerit eſſe interpolata. Videſis plura apud Briſſon. *in oſtendere.* Patremfamilias *Studioſum* pro attento & diligente, per Græciſmum eſſe dictum fateor, & ſit emblematicum: Etſi veteribus quoque JurisConſultis familiares fuiſſe græciſmos pluribus exemplis docet Ant. Auguſtinus *lib.* 2. *Emend. c.* 1. Sed ego nolim, ubi res ipſa non controvertitur, de ſtylo contendere cum tanto Critico, quantus eſt Cujacius

Paulus Lib. III. Quæſt.

Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor ſit, vel mulier, vel fortè vir quidem perfectæ ætatis, ſed miles, vel agricultor, & forenſium rerum expers, vel aliàs ſimplicitate gaudens, & deſidiæ deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, oſtendere, benè eas accepiſſe, & debitas ei fuiſſe ſolutas. Et ſi non oſtenderit, eas redbibere. Sed hæc ita, ſi totam ſummam indebitam fuiſſe ſolutam, is, qui dedit, contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniæ ſolutæ debita non eſt: vel quod ab initio quidem debitum fuit, ſed vel diſſoluto debito, poſtea ignorans iterum ſolvit: vel exceptione tutus, errore ejus, pecunias dependit: ipſum omnimodo hoc oſtendere, quod vel plus debito perſolvit, vel jam ſolutam pecuniam per errorem repetita ſolutione dependit, vel tutus exceptione ſuam neſciens projecit pecuniam: ſecundum generalem regulam, quæ eos, qui opponendas eſſe exceptiones adfirmant, vel ſolviſſe debita contendunt, hæc oſtendere exigit. In omnibus autem viſionibus, quas propoſuimus, licentia concedenda eſt ei, cui onus probationis incumbit, adverſario ſuo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipſo pro calumnia jurante. Ut judex juramenti fidem ſecutus, ita ſuam ſententiam poſſit formare, jure referendæ religionis ei ſervando. L. 25. §. 1. 2. & 3. *d. Probation.*

1. Hos versus maxime §. 2. & 3. non tàm à Paulo esse, quam potius à Triboniano, quemadmodum & ultima *principii* haud gravatè concesserim Cujacio, magis ex genere & universo styli complexu, quam singulis verbis, à Cujacio notatis. Nàm quod vir simplicitate gaudens & *desidiæ deditus* necessario sit monachus, qualis tempore Pauli non extiterint, nescio an satis conveniat sectæ temporis Justinianæi, cum ipse religiosissimus esse atque videri voluerit. Nec bene probatur hæc appellatio ex *l.* 26. *C. de Decur.* ubi ignaviæ sectatores dicuntur, qui non religionis causâ, verum ut publicis muneribus se subducant, collegiis eremitarum & *μονάζοντων* sese aggregant. Quod *visiones* etiam arguit Cujacius, aliter tenet Brissonius, ut diximus, *ad l.* 25. §. 15. *d. Heret. pet.* & juramentum non est adeò recens vocabulum; ut à Paulo usurpari non potuerit: etsi verum est, Juris Consultos veteres dicere solitos esse, *Jusjurandum.* Si Antonius Faber ad hanc legem commentatus esset, non erat dubium, quin singula distinctionum membra eorumque rationes, quibus hic usus est auctor, ut videtur, Tribonianus, absurditatis argueret, ut nunquam cessat in his, quæ imputat illius auctoritati. Cujacii modestior est censura; Neque nostrum est, operam dare fingendis objectionibus. Summa doctrinæ hujus loci ita se habet, ut nihil merito reprehendi possit. Cum de indebito quæritur, is qui solvit, probare debet, indebitam fuisse, duabus exceptionibus. I. si is qui accepit, initio se accepisse negaverit; Tunc enim ipsi probatio in pœnam mendacii injungitur; Et II. si solvens sit minor aut negotiorum imperitus. Qui tamen ipsi tenentur ad probandum, si partem debiti confiteantur, vel prius debitum ex post facto indebitum esse factum, contendant. Denique, jusjurandum prævio calumniæ juramento, in hac causâ tam deferri, quam referri posse, juris est tralatitii, quod hic habetur & amplius, ex *Tit. de Jurejurando* petendum. Quando igitur res & doctrina hujus loci bene se habet de Eunomia parum est quod laboremus.

Paulus Lib. III. Responsor.

Sed hæc, ubi de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, & indiscrete loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit. Nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suæ confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese hæc debitè promisisse. L. 25. §. ult. d. Probat.

1. Sit hic locus adhuc Triboniani, quemadmodum Cujacius & stylus arguunt, etsi aliter mallem factum; si modo argumentum ejus non sit indignum Paulo vel Eunomiâ; sicut est magni usus & *ἀναθεώρημα*, nec etiam expers objectionis Eunomicæ. Species quæstionis hæc est; Conceptum fuit chirographum *indiscretè*, id est, ut dein explicatur, causâ debiti non expressâ: debitor negat solutionem, vel potius, negat se debere. Creditor probare debet, verum esse debitum. Et, si non probet, alter autem in negativâ persistat, ex illo chirogra-

rographo nihil petere potest; utpote causâ debiti deficiente *l. 2. §. 3. d. Dol. & met. except.* Sæpe fit, ut homines festinantes aut negligentiores scribant, se debere alicui centum. Hos peti non posse, nisi causa debiti aliunde probetur, durum esse videtur, ac ideo multarum gentium legibus aliter est receptum; Antwerpiensium, Brugensium, aliarumque Belgii Civitatium, etiam Tholosatium in Gallia, ut testis est Groenewegius *ad h. t.* Imo per omnem Galliam, è chirographis causâ licet carentibus, at in judicio recognitis, fieri condemnationes *Provisionales*, ad sequestrandam pecuniam, & causæ defectum judicio principali postea disceptari, testatur idem ex Rebuffo; quod naturali & civili æquitate commendari videtur. Sed aliter ab Hollandiæ Curiâ in contradictorio judicatum esse, testantur JCti Batavi *part. 1. Consil.* 303. *in fin.* Quod cum usu Curiæ frisicæ consentit, ut factum mihi constat; inter alia in hac specie & formâ Chirographi. *Ego titius fateor me debere Cajo quadringentos florenos*, ut jam retulimus in *Prælect. ad Tit. de Condict. sine causâ in fin.* Non dubitatum est tamen, quin ex ejusmodi scripturâ naturalis obligatio nasceretur: Ideoque repetitionem soluti minime dandam esse, ab eâdem Curia novi esse judicatum: quod nec aliter hujus argumento Textus statuendum. Quin ex eo, quod naturalis inde nascitur obligatio, dicendum videtur, Æquitatem, quæ naturalis obligationis est fundamentum, esse contra positionem hujus loci, eamque esse iniquam. Sed non sequitur, Æquitas producit obligationem naturalem: Ergo eadem vult actionem dari; quod totidem instantiis reprobari potest, quot sunt obligationis naturalis species, quæ exceptionem pariunt ob æquitatem, condictionem impediunt ob æquitatem; neque tamen actioni producendæ sufficiunt; quemadmodum è doctrina de *Obligationibus apud Institutiones* accepimus. Et quur ex hujusmodi chirographo sine causâ debiti scripto, actio non detur adversus debitorem, nisi causa aliunde probetur, attamen solutum ab eodem repeti non possit, ratio satis idonea reddi potest. Posset enim esse causa vel nulla reverâ, vel turpis, aut lege prohibita; quin hoc eveniret, ut frequenter ex ejusmodi illicitis causis fierent petitiones & condemnationes, si ex *indiscreto* causæque destituto chirographo simpliciter actio daretur, nec aliunde quidem probatâ causa, quæ res ad Reipublicæ & judiciorum dedecus pertineret. Quod si debitor sive scriptor chirographi pecuniam ultro solverit, præter quod difficilius recuperatur amissum, quam quod habemus, retinetur, etiam agnovisse causam debiti videtur, quæ sic merito quasi probata, fuisset habenda. Mollitur etiam, si qua sit hujus sententiæ durities, ex eo, quod ex præsumptionibus à naturâ negotiorum, & à qualitate personarum desumptis, causa debiti sufficienter colligi possit. An tamen ad omnia, quæ Groenewegius hac parte collocat, ut si mercator mercatori, scholaris præceptori, ægrotus medico, vulneratus chirurgo *indiscretum* dederit chirographum, indistinctè admittenda sint, dubitare liceat; bene, si ex circumstantiis causa negotiationis, institutionis, sanationis & similes intelligi possint; nec aliter ipse auctoresque ab eo laudati positiones illas acceperint. Ejus generis etiam putavi esse Chirographum, de quo consultus sum aliquando, his verbis conceptum. **Ik bekenne te hebben van Claes Dankerts een duisent gl. daer voor hem belove te geven tien ducatons**

jaer-

jactitiis. Respondi, mutuum fœnebre, licet non expressum, esse videri, *die* 2 *Februar.* 1689. Quid ab indiscreto, quale *supra* posuimus, ex quo jus non dicitur, nisi causa aliunde probetur, illud chirographum differat, è verbis utriusque collatis intelligi potest

Paulus Lib. xx. Quæst.

Procula magnæ quantitatis fideicommissum à fratre sibi debitum, post mortem ejus, in ratione cum heredibus compensare vellet; ex diverso autem allegaretur, numquàm id à fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis sæpe (in) rationem fratris pecunias ratio Proculæ solvisset: Divus Commodus, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem: quasi tacitè fratri fideicommissum sit remissum. L. 26. d. Probat.

1. Ingens fideicommissum Proculæ à fratre suo debebatur, cum quo sæpe rationes computavit, eique superstiti pecunias solvit. Fratre mortuo, cum heredes ejus à Procula magnam peterent pecuniam, illa fideicommissi, quod frater ei debuerat, compensationem objecit. Heredes fratris respondent. Tu à fratre vivo hoc fideicommissum nunquam petiisti; Pecunias ei sæpe solvisti, nulla fideicommissi mentione factâ. Nunc eo mortuo, petis fideicommissum? non bonâ fide id quidem: Nec est hæc justa compensatio, quod & Commodus Imperator ita censuit; eo quod tacita remissio fideicommissi præsumenda fuerit, ex eo quod non petierit, cum posset; quod nequidem compensaverit, cum occasio daretur. Verum tamen hanc Commodi & Papiniani sententiam esse *durissimam* censet Autumnus *ad hanc L.* nec ei sententiæ locum esse in Foro adfirmat; Quia donatio non præsumitur, nec quisquam pecunias suas effundere & jactare creditur, ut Paulus docet *in l.* 25. *d. Condict. indeb.* Cui accedit, quod affectus & reverentia sororis erga fratrem, illam forte cohibuit ab exigendo fideicommisso, quod expectaverit, dum à fratre sibi ultro præstaretur: Non videtur esse æquum, ut hæc verecundia tantum illi præjudicium faciat, ut petitionem fideicommissi liquidam & certam; id enim in textu supponitur; morte fratris amittat. Quid, si ante mortem fratris, postquam varias cum ipso computationes & solutiones commiserat, fideicommissum exegisset Procula, numquid & tum repulsa fuisset? Si adfirmes, id etiam durius est, quam hujus legis dictamen: Si neges, cedo rationem, cur ab herede minus exigi possit, quam potuit à defuncto; cum ex heredis persona conditio obligationis non immutetur *l.* 2. §. 2. *d. V. O.* Postremo, legibus cautum est, certo temporis spatio Creditoris silentium actioni præscribere, quod in fideicommissis omnibusque personalibus petendi causis, annorum xxx. definitum est, in *l.* 3. *& l.* 7. *C. de Præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Cujus temporis lapsus cum hic nulla mentio fiat, ex ratione saltem harum Constitutionum, quas hodie sequimur, non videtur hæc Commodi sententia, licet Papiniano laudata, vim usumque nostris habitura temporibus. Hæ rationes minimè spernendæ, nescio, an non apud plerosque judices hodie prævalerent, ut petitionem certi juris ex ejusmodi silentio minime reji-

rejiciendum putarent. In nostra sane Curiâ, quæ jus Civile sanctissimè servat, frequenter usu venisse memini, ut petitiones, quibus legitimo tempore non erat præscriptum, etsi diuturno silentio variisque computationibus & solutionibus hinc inde, etiam à Creditore factis, obtritæ viderentur, etiam post mortem debitoris; admitterentur, ejusque heredes non modo ad ferendam compensationem, sed etiam ad solutionem compellerentur.

2. Hæc ad Censuram Autumni adstruendam, usumque hujus sententiæ destruendam, minime otiosa, non admittuntur tamen à Commentatoribus *ad hanc L.* etiam Pragmaticis, quales Mornacius ex antiquioribus, & Brunnemannus, recentior; qui standum esse forensi quoque observatione, legis hujus sententiâ, non dubitant; ita nihilominus, ut ultra terminos ejus interpretatio non extendatur: adeoque non aliter, quam si hæc tria requisita concurrant. I. Taciturnitas diuturna. II. Computatio & solutio postea sæpe facta; semel enim aut bis non sufficeret. III. Sanguinis ratio, si res inter personas conjunctas vertatur. Addit IV. Mornacius, ex ore Choarti celebris Advocati Parisiensis, cujus colloquia nunquam sibi evanida fuisse narrat, *idque è verbis textus*, ut ait, si *videlicet, is, cujus intererat petere, nihil tamen moverit, quamdiu vixerit*; ipsa Mornacii verba. Sed tamen, nisi oculi fallunt, hoc in textu non reperitur. Nam Procula, cujus interfuerat petere, movit, dum vixit, compensationem. Ille vero, cujus interfuerat, à se non peti, mortuus esse dicitur. Hoc igitur potius e textu *quartum* teneamus requisitum; Si debitor, à quo petendum fuit, à quo nec longo tempore post varias solutiones, petitum vel compensatum fuit, sit mortuus Tunc enim adversus petitorem est præsumptio, quæ solet esse contra eos, qui differunt agere, dum adversarius vivit; atque in id tempus actionem reservant, dum morte ejus à quo petunt, defensionem sperant fore difficiliorem, ut ipse Mornacius ex Baldo aliisque pluribus probare scribit Molinæum ad *Consuetud. Paris.* §. 44. *num.* 26. *&* *Cons.* 28. *in fin.* quo pertinet *Lex ult. in fin. d. Fidejuss. Tut.* ubi; *subventum est ignorantiæ heredum*; *Cum post mortem Tutoris heres conveniatur.*

3. Sed removendum est, quod contra tertium requisitum de propinquitate, motum est *superius* argumentum; Ex affectu & reverentiâ sororis erga fratrem, præsumendum esse potius, retardatam fuisse quam remissam petitionem. At prægnantius esse videtur, quod idem Mornacius è Cujacio *ad h. l.* profert: Præsumptionem remissionis è fraterno vel sororio affectu, causam inter alias rationes, huic Commodi sententiæ præbuisse, quemadmodum multa singularia ex affectu consanguineo in Jure constituta fuisse, nemo ignorat: non obstante, quod ex Ovidio profertur in diversum, quasi *Fratrum quoque gratia rara sit*; hoc enim poëticum magis ad exaggerandam ferrei seculi duritiem, quam juridicum esse videtur: Et, si maxime fratres atque sorores in prestationibus pecuniariis, illum affectum seponant, præsumptio tamen est è στοργῇ naturali, & ex eo, quod facere debeant fratres atque sorores. Hæc igitur requisita huic sententiæ circumdata, & ab aliorum casuum consequentiis separata, Commodum & Papinianum satis ab Autumni Censurâ liberant, usumque forensem à diversâ hujus sententiæ observatione cohibere possunt & debent: Quemadmodum & ratio-

Ggggg nes,

nes, quæ pro censurâ faciunt, nullo modo extra casus, illis requisitis circumscriptos, usum hujus sententiæ permittunt; Est hæc adeo res non tralatitiæ ἀναθεωρήτως & observantiæ. Non est igitur, ut sequamur hic auctoritatem Basilicorum, qui hunc locum retulere truncatum, quasi generaliter ad omnes personas referenda foret. Ita enim illi verterunt hunc locum. Ἐὰν χρεώστης περὶ σοῦ ληγάτου καὶ διαφόρως ἀντιχρεώστης σοι καταβάλω, μὴ ἀντιλογισάμενος, κατὰ χάριν αὐτῷ δοκῶ συγχωρεῖν. Id est, *Si creditor tuus legati nomine factus ego, & tuus legati vicissim ex variis causis debitor factus, nullâ usus compensatione solvero, gratiosè illud remisisse videor.* Et Interpres Græcus etsi casum legis plenè exponat è textu Latino, tamen inde colligit hanc observationem: Σημείωσαι, inquit, ὅτι κἂν δανειστὴς καταβάλῃ τῷ ἰδίῳ χρεώστῃ τὸ χρέος, ὅπερ αὐτῷ ὤφειλεν, δοκεῖ συγχωρεῖν αὐτῷ τὸ χρεωστούμενον αὐτῷ παρ' αὐτοῦ. Σημείωσαι αὐτὸ θαυμαστὸν ὄν. *Observa, Si quando Creditor debitori suo, id quod ipse vicissim ei debebat, solverit, videtur remisisse hoc ipsum quod illi ab isto debebatur. Observa ut rem mirabilem*; adde sis, & censurâ dignam, si hoc velint Commodus & Papinianus; quod minime sic *indiscretè* velle credendi sunt, ut à nobis probatum. Tu verò σημείωσαι, quam non sit tutum Græcis ipsisque Basilicis *indiscretam* habere fidem. Id vero nec spernendum, quod alius Interpres Græcus adjicit in sequentibus, Εἰ τι καὶ ὁ παραδιδοὺς αἰτεῖ δεῖξαι, ὅτι οὐχ ὡς δωρούμενος δίδωσι, παραδεχθήσεται. *Si vero qui tradidit, admitti petat ad probandum, quod minimè donandi animum habuerit, admittetur.* Idque sine dubio ad usum fori transferendum, minimeque à Textu, quem præ manibus habemus, est alienum.

Scævola Lib. IX. Digestor.

Imperatores Antoninus & Verus Augusti, Claudio Apollinari rescripserunt in hæc verba: Probationes, quæ de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt. Sed & epistulas, quæ uxoribus missæ allegarentur, si de fide earum constitit, nonnullam vicem instrumentorum obtinere, decretum est. Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito, ut spurium in actis professa est. Quæsitum est; an is in potestate patris sit; & matre intestata mortua, jussu ejus, hereditatem matris adire possit; nec obsit professio, à matre irata facta. Respondit, veritati locum superfore. L. 29. d. Probat.

1. Minime tam justa Censuræ causa, quàm *suprà*, movit Autumnum Censorem, ut hoc quoque responsum Scævolæ iniquitatis argueret. Quia tamen res in eâ memorabilis continetur, vindicemus & hunc locum Eunomiæ, cum quâ facilius, quam præcedens conciliari potest. Primum Autumni argumentum est, *quod hoc responsum atque etiam sequens in Pandectis Florentinis signo Parenthesios inclusum est, quo passim in eo volumine, signantur superflua.* Adeoque deceptum esse Alciatum; qui sequutus fidem quorundam ἀντιγράφων istius libri, illam suppleverit in *lib. 1. disp. c. 6.* Sed errat Autumnus ipse; Nec Alciatus in *d. c. 6.* supplendum monuit hunc textum, sed Legem sequentem, ut hujusce textus membrum, sive paragraphum; quem parenthesi inclusum esse testantur & Taurellus

lus & Charondas in suis editionibus ad Florentinum archetypum expressis: sicut etiam deest ille §. vel sequens & lex ultima in Basilicis, cum reliquas ordine cunctas suo more verterint, etiam hanc ab Autumno imperitè eliminatam. Quid vero contra ipsum Legis argumentum Autumnus ille? *Scævola videtur*, inquit, *innuere, probationem admittendam contra filium, & credendum parentibus adversus suum sanguinem malignantibus, quo ita omnes familiæ subverterentur.* Quis putet, hunc Censorem legisse quod reprehenderet, sobrium? Quis imo non videt, Scævolam in hoc esse, ut probandi facilitatem pro statu filiorum augeat? quando non modo testes, sed & epistolas, quæ alioquin ut privata instrumenta, nihil probant, *l. 5. l. 6. l. 7. C. de Probat.* à Viris uxoribus missas, fidem facere & *nonnullam instrumentorum vicem* obtinere docet; eo, quod, cum instrumenta probationis non sint, plenâ illorum vice fungi nequeant. Sed in his, quæ ad statum liberorum pertinent, cum parentibus optime de illis constet, nec genuia magis comprobatio, quam ex familiari & epistolicâ conjugum inter se communicatione haberi possit, merito epistolas, etsi maxime privatas, in hanc rem adhiberi placuit: Quod in ætate liberorum cæterisque ad eos spectantibus, & parentibus optime notis, omni die servatur, ut adnotationes privatæ nonnullam instrumentorum vicem obtineant, fidemque legitimam faciant.

2. Postremum, quod Autumnus movet nive frigidius est; *Præterea*, inquit, *hoc responsum Scævolæ superfluum esse apparet, quia nemo dubitat, veritati locum superfore, si filius legitimis* (credo legendum, non legitimis) *probationibus arguatur spurius.* Matre apud Acta publice filium suum professâ Spurium, adeone quæsitu indignum & superfluum erat, decidere, quod talis professio infanti non præjudicet, si veritas aliunde constiterit? Quis à matre falsum hac de re testimonium expectaret, argumentumque non putaret inde validum peti, contra statum filii dubium? Et an non infringere possit regulam juris Communem; quod ex matrimonio natus, pro legitimo sit habendus *l. 3. d. His qui sui vel al. jur. sunt?* Scævola verò non opponit declarationem maternam huic regulæ; sed veritati hanc prævalere docet, rectissime. Nam si mater probet, se toto anno à viro secubasse, cum infantem pareret, haud dubie Spurius esse videbitur: Extra ejusmodi probationem omni exceptione majorem, regula prædicta declarationi maternæ adversa, præsertim qualis hæc fuisse memoratur, ab iratâ, profectæ, sine dubio præferenda fuerit: Quemadmodum prælata fuit, ingentis Regni consensu, declaratio cujusdam Reginæ trium Regum matris, quæ filio Regi irata, non esse illum Rege Patre natum, sed ex ejus semine filium secundo genitum esse procreatum, professa dicitur. Adde quæ diximus ad *l. 6. supra d. His qui sui vel al. jur. sunt.*

Scævola Lib. 11. Responſ. Mactorio Sabino.

Commemorationem in chirographo pecuniarum, quæ ex alia cauſa deberi dicuntur, factam, vim obligationis non habere. L. ult. d. Probat.

1. Hujus Legis ſententiam juſtâ ratione deſtitui, non pauci tenent Interpretes, ideoque & uncinulis illam includi in Pandectis Florentinis, ut ſupervacuam, & à Juſtiniano refutatam eſſe volunt, per *L. generaliter C. de Non num. pec.* Sic enim non modo Autumnus, ſed etiam Mornacius & Groenewegius tradunt. Brunnemannus cum Baſilicis illam omittit *ad h. tit. ff.* Nec Citata *L. autem* 13. *C. de Non num:* ullam hujus *L. ult.* mentionem facit. Videamus igitur, an verum ſit, quod illi volunt. Verba hujus *L. ult.* in conſpectu ſunt: Conferamus *d. l.* 13. *Generaliter ſancimus: ut, ſi quod ſcriptis cautum fuerit, pro quibuſcumque pecuniis ex antecedente cauſa deſcendentibus, eamque cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit, non jam ei licentia ſit cauſæ probationem ſtipulatorem exigere, cùm ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat: niſi certè ipſe è contrario per apertiſſima rerum argumenta ſcriptis inſerta, religionem judicis poſſit inſtituere, quòd in alium quemquam modum, & non in eum, quem cautio perhibet, negotium ſubſecutum ſit. Nimis enim indignum eſſe judicamus, quod ſua quiſque voce dilucidè proteſtatus eſt, id in eundum caſum infirmare, teſtimonioque proprio reſiſtere. l.* 13. *C. de Non numer. pec.*

2. Si quid intelligo, non verſantur hi textus in iiſdem terminis, ut alter alterum refutare & abrogare videatur, quod Viris illis doctiſſimis viſum. Nam lex *ult. h. t.* ponit chirographum de pecuniis alicui debitis ex certâ causâ, puta de centum aureis ex mutuo, conceptum. Hoc debitum inde ſine dubio probatur: At ſi in iſto chirographo fiat commemoratio diverſi debiti, ex mutuo anteriore, vel emptione venditione, aliâve causâ debiti, cum de illâ inſtrumentum illud non fuerit inſtitutum, ejuſmodi commemoratio, nec ad obligationis vim, nec ad probationem ſufficit. Ita Scævola in *hac L. ult.* Quid Imperator in *d. l.* 13.? Non agit de commemoratione debiti factâ in inſtrumento propter aliud debitum compoſito; ſed de quovis inſtrumento ſuper aliquâ pecuniâ ex antecedente causâ deſcendente, concepto inter partes & ſubſcripto. Vult igitur hic Imperator, etſi Chirographum juxta orginalem debiti cauſam, incontinenti non fuerit conceptum, ſed poſtea ſcriptum; ſi tamen confeſſio debitoris ſit liquida, *ſi cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit*, hanc Confeſſionem ex poſt facto editam eſſe validam & obligatoriam: Quod habet ſummam rationem: nec prædictæ Legis ultimæ argumento, quod non attingit, ullo modo contrarium. Quin Juſtinianus id ipſum, quod eſt in *hac L. ult.* renovavit & diſertius ſanxit in *Nov.* 119. *c.* 3. cujus epitomen habemus in *Auth.* ſubjectâ *l.* 7. *C. de Edendo. Si quis in aliquo documento mentionem faciat alterius documenti: Nulla ex hac memoriâ fiat exactio: niſi aliud documentum, cujus memoria in ſecundo facta eſt, proferatur, aut alia ſecundum Leges quantitatis debitæ probatio exhibeatur: quia & quantitas, cujus memoria facta eſt, pro veritate debeatur. Hoc enim & in veteribus legibus invenitur.* ubi, quod in fine legitur; *Hæc enim & in*

in veteribus Legibus invenitur, auctoritatem huic *L. ult.* addit, quâ, tametsi unco in exemplari Florentino circumducta sit, non putemus id argumentum esse νοθείας, vel subornationis: Cum nihil sit aliud, quam monitorium, in quibusdam exemplaribus hunc locum non inveniri. Sed Justinianus illum haud obscure agnoscit: Ubi enim extra hoc Scævolæ responsum idem in vetustis legibus scriptum sit, non memini.

3. Non est etiam, quod rationi adversum putemus hoc responsum, ut suprà notati Interpretes innuunt: quasi bonæ fidei non conveniat, declarationi à debitore factæ, licet in instrumento de aliâ re scripto, non constare vim plenam. Cum enim partium intentio non fuerit, de causâ obiter instrumento super aliâ re facto commemorata, concipere instrumentum, nec id Tabellioni mandatum fuerit, nimis erat periculosum, ex ejusmodi defunctoriâ commemoratione, vim obligationis & plenæ probationis educere, quæ ratio ad principium negotii spectat. Ex post facto autem summam ex ejusmodi facultate probatoria incertitudinem oriri necesse erat: Cum sciri non posset, an chirographum principale super illo debito conscriptum, non esset abolitum per solutionem, aliove modo extinctum. Atque adeo tantum abest, ut Censura Mornacii, Autumni & Groenewegii locum habeat; ut multo magis adsentiendum sit iis, qui sententiam hujus *Legis ult.* sic ampliant, ut tametsi Tabellio sive Notarius juxta commemorationem illam adfirmet, atque declaret, instrumentum speciale, super illo debito, quod in præsenti chirographo commemoratum est, à se visum & lectum atque recognitum esse, tamen, si illud ipsum non producatur, è solâ commemoratione, licet ita, ut diximus; determinata, non esse vim probandi, nec agi posse, quemadmodum in *Prælect. ad tit. de Fid. instrum. n.* 27. à nobis demonstratum est.

Paulus Lib. III. Respons.

Repetita quidem die cautionem interponi, non debuisse. Sed falsi crimen, quantum ad eos, qui in hoc consenserunt, contractum non videri: cum inter præsentes, & convenientes, res actitata sit; magisque debitor, quàm creditor deliquerit. L. 3. d. Fid. instrum.

1. Agitur de re quotidiana; Cum instrumenta scribuntur μετὰ ἀποχρονισμοῦ, *Anticipata die*, quod hic est, *repetitâ die*, hoc est, petita retrorsum, ut in *l.* 51. §. 2. *ad L. Aquil.* ubi, *repetitis ex die vulneris, trecentis sexaginta quinque diebus*, id est, retro putatis. Sic *repetitâ die*, *in l.* 9. §. 6. *d. Ad Exhib.* Adde Gotofredum *hic*, & Brissonium *d. V. S.* Quid autem? An ideo, quod inter convenientes & consentientes ita res acta est, falsum non sit? An mendacium è consensu partium fiet licitum? Responde: Non agi hic de formâ mendacii, sed de crimine falsi, quod inter se consentientes sibi invicem moveant. Quin si res ad nullos alios, quam ad consentientes pertinet, non videtur omninò esse peccatum, quia nemo, cujus è sermone competit, fallitur aut verba ei dantur; quâ de re locum agendi habuimus in *lib.* 2. *de jur. Civitat. sect.* 6. *c.* 2.

Notarium tamen, qui scribendo adhibetur, non posse, mandatu partium repetere diem, sine falso, tenuerunt Bartolus & Baldus, ut refert & laudat Mornacius ad *h. l.* 3. Quod, si res inter solos contrahentes, nec ad alium ullo modo pertineat, etiam vix admittendum videtur; si mandatum sequutus eorum, qui volunt initium obligationis retro stabilire, nulli fraudem fecerit Notarius. Etsi tutius est, quod simplicius. Sed quid sibi volunt ultima verba hujus *L. magisque debitor quam Creditor deliquerit?* Nam si præsentia & consensus à falso liberat, ideo quod προχρονισμὸς, (*antedatio* dicunt vulgo) ad nullum alium, quam ad partes consentientes habet respectum, nihilo magis debitor, quam Creditor incidit in Falsum. Si vero debitor peccet, ut indicat Paulus, oportet hoc fiat in præjudicium tertii creditoris, ut scriptum est in *l.* 28. *d. Ad L. Cornel. de Fals.* Ex quâ Mornacius auctorem laudans Cujacium, probat, debitorem eo casu & illâ causâ committere falsum. Itane solus debitor? An creditor non peccat, qui cum debitore colludens, anteverit diem obligationis, ut ipse reverâ posterior, jus prioritatis in hypothecâ adipiscatur? Imo debitore gravius peccat Creditor, quanto debitor in augustiis constitutus, ut pecuniâ novi Creditori sublevetur, excusatius peccat: Creditor solam injuriæ & πλεονεξίας habet causam, & suum jus Tertio absque necessitate intervertit.

2. Si hæc est mens harum legum, non video, quâ ratione cum Eunomiâ conciliari possint. Ratio sanè vult, ut innocentia προχρονισμοῦ restringatur ad casum, quo nulli fit injuria, neque tertii præjudicium vertitur: Alioqui non potest abesse falsi crimen, nec à Creditore, nec à debitore. Sed tum quid ad verba finalia *h. l.?* Docere videtur Paulus, non committi à partibus falsi crimen, cum hoc semper ad præjudicium alterius pertineat. Si quid tamen vitii simile commissum videatur, eo quod falsiloquium fit; & viritas tutior est quia nunquam satis prævideri potest, an non aliquod tertii præjudicium subsit, id debitori potius, quam Creditori imputandum, eo quod ille confitetur & scribit chirographum: Tertium enim instrumenti scriptorem placet, ut dictum, excludi, Interpretibus: Eâque gratiâ debitori falsum imputatur, quod ille solus loquatur & scribat, Creditor nihil ejusmodi faciens, à falso alienus videtur. Quæ ratio forte valeat in tantum, ut ad Cujacii quis & Mornacii sententiam relabi posset, debitorem solum delinquere, non creditorem, ut verba *magis, quam*, positiva, non conparativa sint, ut in *l.* 1. *Comm. divid.* & sæpe aliàs. Hæc si Cujacius & Mornacius putaverint, velim, explicent, quomodo Creditor doli particeps, idque agens apud debitorem, non coivisse, non curasse dolo malo falsum fieri, dicendus sit; quod non minus quam scribere, falsi reum facit *l.* 1. *in pr. l.* 2. *l.* 4. *pass. Ad L. Cornel. de Fals.* Acquiescamus igitur in eo quod proposuimus; Agi in hac lege de repetitione sive anticipatione diei, cum solo respectu ad contrahentes: quod quidem rectius non fiat, factum tamen à falsi crimine liberum sit: Et quicquid intercedit vitii, id debitori, tanquam confessori & auctori cautionis imputandum videri. Ita Censuræ nulla ratio superest.

Cal-

Calliſtratus Lib. IV. de Cognition.

Lege Julia de vi cavetur, ne hac lege in reum teſtimonium dicere liceret, qui ſe ab eo, parenteve ejus liberaverit: quive impuberes erunt, quique judicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum reſtiturus non erit: quive in vinculis, cuſtodiave publica erit: quive ad beſtias ut depugnaret, ſe locaverit: quave palam quæſtum faciet, feceritve: quive, ob teſtimonium dicendum, vel non dicendum, pecuniam accepiſſe judicatus, vel convictus erit. Nam quidam propter reverentiam perſonarum, quidam propter lubricum conſilii ſui, alii vero propter notam & infamiam vitæ ſuæ, admittendi non ſunt ad teſtimonii fidem. L. 3. §. 5. *d. Teſtib.*

1. Offendit Eunomiam, quod omnes, qui vinculis cuſtodiâve publicâ detinentur, *hic* à teſtimoniò penitus excludantur. Sæpius enim uſu venit, ut ob æs alienum, vel levia deliƈta coloni carcerum fiant; Hos omnes pro inteſtabilibus habere, grave, ac utilitati publicæ adverſum fuerit, cumnec infamiâ notentur *l.* 1. *C. ex quib. cauſ. infam.* Viderunt hoc & alii, vidit etiam Gotofredus *ad h.* §. qui propterea non alios hoc loco in vinculis & cuſtodiâ agentes intelligit, quàm ubi jam damnati fuerint: Quæ eſt contra clarum loci contextum interpretatio; qui ſeparat, *damnatos, quive in vinculis cuſtodiâve publicâ erit.* Puto, non quoslibet in carcere vinculisque detentos intelligi, ſed qui ob crimen publicum in cuſtodiam dati ſunt; locumque male eſſe interpunƈtum ab editoribus: Legendum eſſe, nullâ mutatione literarum, hoc modo; *Quique judicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum reſtitutus non erit, quive in vinculis cuſtodiâve publica erit,* eâ ſcilicet causâ priusquam damnentur. Tum duo punƈta ſubjiciantur ad novæ cauſæ diſtinƈtionem: *Quive ad beſtias &c.* Interpunƈtiones non eſſe ex archetypo, ſed ab Editoribus, aliàs diƈtum eſt. Ideoque non eſt hæc emendatio textus Florentini, ſed vulgatæ editionis.

Papinianus Lib. I. de Adult.

Quæſitum ſcio, an in publicis judiciis calumniæ damnati teſtimonium judicio publico perhibere poſſunt. Sed neque lege Remmia prohibentur: & Julia lex de vi, & repetundarum, & peculatus, eos homines teſtimonium dicere non vetuerunt. Verum tamen, quod legibus omiſſum eſt, non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet, ejus quoque teſtimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere. L. 13. *d. Teſtib.*

1. Jure Civili non quilibet infames, non omnes criminum rei à Teſtimoniis arceantur omnino; ſed excipiuntur certorum criminum rei, quibus omnino Teſtimonii officio interdicitur *l.* 3. §. 5. *h. t.* Reliqui de minoribus accuſati, vel condemnati deliƈtis, haud penitus prohibentur; ſed Judicis officio committitur,

tur, illorum fidem perpendere, ut *hic* præcipitur. Aliter Pontificibus visum, qui omnium reos criminum, si non absolvantur, excludunt *cap. super eo* 13. *X. de Testib.* Idque sic ab Interpretibus accipitur, ut omnes infames à Testimonio penitus arceantur. Panormit. *ad d. c.* 13. *n.* 4. Farinac. *Qu* 56. *n.* 129. Donell. *lib.* 25. *Comment. c.* 9. Bachov. ad Treutl. *h. t. th. lit. B.* Brunnem. *ad h. l.* Utri melius, Cæsares, an Pontifices? Hi proculdubio Censuræ jus sibi arrogant. Sed Brunnemannus, recte, opinor, Jus Civile præfert, ne facultas probandi nimis constringatur. Non esse tanti ponderis, maculosi hominis testimonium, quanti integræ frontis homo meretur, summa ratio suadet: At nullo modo audiendos esse tales, non patitur Reipubl. utilitas. Sæpe, quando contestes habent fide dignos, ex illorum adfirmationibus lux & plenior oritur certitudo. Unde nihil frequentius in Foro, quam Testes à partibus recusatos, à Judicibus admitti, salvis reprobationibus. Quod tamen non concesserim Groenewegio, moribus hodiernis, semper fieri, ut is adfirmat ad *L.* 24. *h. t.* Valet adhuc passim in Foro discrimen testium, qui prorsus non audiuntur, & qui admittuntur, salvis reprobationibus. *Brunnem. hic*

Paulus Lib. 11. de Adulteriis.

Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis, testimonium dicere condemnatam mulierem: colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere. **L.** 18. *d. Testib.*

1. Juris Canonici auctores Censoriam in Jus Romanum auctoritatem sibi passim arrogant. Eamque ad hujus quoque textus argumentum produxisse creduntur, dum mulieres à testimoniis in judicio perhibendis (cum Jure Civili, exceptâ Testamentorum causâ, admittantur) in *h. l.* excludunt. Primo in *caus.* 33. *Qu.* 5. *c.* sic ajunt ex Augustino; *Mulierem constat, subjectam dominio Viri esse, & nullam* auctoritatem habere: *Nec docere enim potest, NEC TESTIS ESSE, neque fidem dare, nec judicare, quanto magis non potest imperare!* Et in *Cap. Forus* 10. *X. de Verb. signif.* ubi de Judicio & Foro agitur, illic testem inter alia, naturâ æstimari legimus, *Si vir, non femina sit*: nam *varium & mutabile testimonium semper femina producit*, additur. Ex his locis ita Canonistas sentire, quod mulier testis esse nequeat, post alios, tradit Groenewegius *ad h. l.* Sed ego magis putem, ex istis locis nihil aliud colligi posse, quam mulierem minoris esse fidei quam virum in testimoniis æstimandis, idque ex aliorum collatione textuum intelligi potest. Nam in *Cap. Tam literis* 33. *X. de Testib.* mulieres, ut testes productæ, legaliter recipiendæ & prudenter examinandæ dicuntur, in Crimine matrimonii à Clerico cum viduâ contracti. In *cap.* 22. *ejusdem Tit.* mulieres etiam in quæstione matrimoniali admittuntur, si propinquitatis ratio illas non excludat. Nec vidi adhuc probatum, quod alii, nominatim Groenewegius *ad hanc L.* & D. Bokelmannus amicus olim noster desideratissimus *in diff. Jur. Civ. & Canon. c.* 76. nuper editis à Viro Cl. Cornelio van Eck, scribunt, saltem in Criminalibus mulierem prohiberi. Nam *C. de crimine caus.* 15.

Qu.

Qu. 5. quod citat Bökelmannus, nihil ejusmodi habet. Textus autem reliqui duo, ex quibus etiam Carpzovius *Quæst. Crim.* 114. mulieres à criminibus ut testes arceri scribit, facile contenti sunt, eo, quod mulier aliquando testis esse non possit, ut in Testamentis: quo Augustinus, ipse professione JurisConsultus olim, cujus est iste locus, sine dubio respexit. Et in *d. cap. Forus*, non habetur hæc positio, quod mulier nullo modo testis esse queat: Sed quod in testibus inter alia spectanda sit natura, veluti Vir, an mulier sit; quod non exclusionem totalem, sed comparationem supponit. A quâ comparatione, ne mores quidem hodierni sunt alieni, ut indicat ipse probatque D. Bökelmannus in *d. cap.* 76. Nec Juris Civilis ratio, etsi nominatim expressa non sit, inde videri potest abhorrere; ne quidem ipsa Lex nostra 18. Quæ mulierem habere quidem in genere jus perhibendi testimonii tradit: Sed hoc per consequentiam prohibitionis specialis, quæ satis indicat, mulieres deterioris hac parte conditionis censeri, & fuisse rationem de illis dubitandi: Comparatio autem fidei inter qualitates personarum, ratione Testimonii, Judicis officio arbitrioque Jure Civili committitur *l.* 3. *in pr. & l.* 13. *h. t.* Bene igitur hactenus habere se videtur utriusque Juris Eunomia, nec opus, ut videtur, ullâ commissione Censuræ, vel antinomiæ.

Ulpianus Lib. VIII. de Off. Proconf.

Inviti testimonium non dicunt publicani. Item is, qui non detrectandi testimonii causa aberit. Item is, qui quid exercitui præbendum conduxerit. L. 19. in pr. d. Testib.

1. Testimonii dicendi publica necessitas omnibus imponitur, exceptis casibus singularis meriti, de quibus in *l.* 4. *h. t.* *Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne invito denuncietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosve qui priore gradu sint. Item ne liberto ipsius, liberorum ejus parentium, viri, uxoris, item patroni patronæ. Et ut ne patroni, patronæ adversus libertos; neque liberti adversus patronum cogantur testimonium dicere.* Item *in l.* 6. *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant.* Ex his regula cogendi consistit, in casibus non exceptis. Quod etiam secus esse Jure Canonico observat D. Bökelmannus *in d. cap.* 76. *n.* 13. eo quod tantum moneantur, non cogantur, citato in eam rem *cap. pen. & tot. tit. X. de Testib. cog. vel non.* In *d. cap. pen.* sic habetur; *Testes, qui fuerint nominati, præterquam super criminibus (si se gratiâ, vel timore subtraxerint, vel odio) per Censuram Ecclesiasticam cogatis veritati testimonium perhibere.* Ergo subjungit D. Bökelman, Censurâ Ecclesiastica coercentur, non coguntur, scilicet. Atqui non est alia coactio, cujus disciplina Canonica facultatem habeat. Hoc igitur est cogere κανονικῶς. Est tamen verum, quod Canonici hac parte Censuram in Jus Civile jactant, in *cap.* 3. *ejusd. tit. Testes, qui interfuerunt facto, monendi sunt, non cogendi, adferendum testimonium veritati:* Et mox; *Licet ad hoc passim de Juris Humani rigore compelli possint.* Hoc igitur non putant

tant esse Eunomicum, cogere testes promiscuè: Sed addunt exceptionem; *nisi testes odio, vel gratiâ, vel timore se subtraxerint*, quibus casibus *Ecclesiastica districtione* compellendos esse ad ferendum testimonium, rescribit Alexander *in cap.* 1. & Honorius *in cap. ult. d. tit.* Idque licet testis juraverit, se testimonium non esse perhibiturum *in cap.* 4. Imo indistinctè, *si veritas aliter nequiverit elici* in *causis Ecclesiasticis*, ad illud per Censuram Ecclesiasticam compellendos esse docet Clemens *in cap.* 5. Parum abest, quin ita Canonici ultro in sententiam Juris Civilis concedant. Nam ratio, quod inviti ad testimonia dicenda compelluntur, non est alia, quam Pontifices exceptionibus suis prætendunt; nec enim testes aliâ causâ recusare solent officium veritati præstandum, nisi propter *odium, gratiam, vel timorem.* Nec facile, si veritas aliter constare queat, vim coactionis adhiberi velint Juris Civilis auctores: Nusquam ejusmodi promiscua necessitas & vis coactionis legibus injuncta reperitur, sed officium judicis pro diversitate singularium, nusquam magis, quam in probationibus exigendis & æstimandis regnat. Huc igitur omnis Canonici & Romani Juris discrepantia redire videtur; quod criminales causæ excipiuntur in *d. l. pen.* quâ parte Censuram Pontificis facile sustinebimus, salutari severitate publicæ in criminum reos animadversionis, quam illi prætextu clementiæ, & vindicativæ justitiæ invidiâ, non magis eludere possunt, quam Sacræ scripturæ locis, quæ Judiciorum vigori solita sunt opponi, de quibus ad *Rubr. Tit. de Judic. suprà* egimus & inferius ad Tit. de Accusation. porrò videbimus. Quin ipsi Pontifices fictam misericordiæ adseverationem detegunt, quando crimina & injurias adversus Ecclesiasticas personas admissa excipiunt *cap.* 5. *d. tit.* magis suæ potentiæ, ut videtur, adserendæ causâ, quam quod injurias ab illis mollius & remissius accipi, Euangelicâ & Pastorali Professione sit indignum. Proinde Romani Juris interpres, forte nihil quod jure in Canonibus reprehenderet, invenire non posset. Habent illi certe, quo Justinianum suæ Censuræ notâ intactum relinquere debeant.

2. Cæterum, aliena non est ab Eunomiâ Quæstio, an remissio cogendi invitos ad testimonium perhibendum personis facta propinquis, locum habeat in Civilibus etiam Controversiis, an restringenda sit ad criminales causas. In quibus est ratio peculiaris, non offendendi sanguinis necessitudinem. In civilibus intercipi copiam veri, ob propinquitatem, non eandem videtur habere rationem. Sed egimus hac de re, quod satis est in *Prælect. ad h. t. n.* 15.

3. Sed quid hoc, quod in *nostrâ L.* 19. Publicani excipiuntur, ut senes, valetudinarii, milites? Quid in illis est meriti singularis, ut remittatur illis necessitas dicendi testimonium? Dixerit aliquis haud absurdè, non tam ob meritum dignitatis, aut fortunæ, illos eximi ab hac necessitate, quàm ob temeritatem, audaciam & improbitatem, quæ illis adscribitur opinione populorum, & in ipsis Legibus *L.* 12. *d. Publican.* Ut forte non sit operæ pretium, homines exosæ professionis, suspectæ probitatis, aliisque vexandis tàm crebrò deditos, ad dicenda testimonia, compellere officio publico. Sed quia junguntur hic iis, qui justâ ex causâ absunt, qui exercitui quid præbent & pupillis, non

non est, ut odii causâ in hanc classem relati videantur. Quid igitur ad Eunomiæ rationem? Gotofredo tanti visa est hæc difficultas, ut textum putaverit emendandum, hoc modo; *Inviti testimonium non dicunt publicani; tunc, cum quid exercitui præbendum conduxerint; Item is, qui non detrectandi testimonii causâ aberit &c.* Sic enim non fuerit hoc privilegium Publicani, qui non sit eo dignus, sed fisci & annonæ militaris. Censura nimis pro negotii modo gravis: Nec tam parvi nobis est pretii Florentinus liber, ut tam levi causâ tantæ molis emendationem recipiamus. Præter, quod Publicani non adhibentur ejusmodi conductionibus & subvectionibus annonæ militaris, sed tales ad publicanos remittuntur in *l.* 4. §. 1. *d. Public.* quem Gotofredus locum adstruendæ Crisi suæ allegavit, haud bonis avibus. Nihil ne ergo superest, quam ut hunc Juris Romani articulum ratione destitutum, & moribus hodiernis spretum atque mutatum, cum Autumno & Groenewegio *ad h. l.* statuamus? Diversitatem hac parte moris hodierni à Jure Civili fateamur, Rationem ideo defuisse Romanis negemus Pendet hæc res à statu Reipubl. & temporum. In Imperio Romano, quod per tres orbis habitati partes diffusum erat, Publicani, imprimis Magnarii, Romæ vectigalia provinciarum redimentes, in perpetuo statu erant, ut vectigalium causâ abesse deberent, idque Reipublicæ causâ fieri videbatur: Sed in nostris Civitatibus & Imperiis, minimè tam vasti ambitus, absentia illa non est tam frequens & diuturna. Veteres militibus hac parte Publicanos comparaverunt; quod pro illo temporum statu nemo à ratione dixerit esse alienum. Hodie non idem servari, mutato, ut diximus, hac parte rerum statu, Groenewegio concedimus. Etsi nec admodum urgeri publicanos, ad hoc veritatis adserendæ officium, plerosque non admodum graves & sanctos homines, mos eorum & usus temporum docet.

Arcadius qui & Charisius Lib. singul. de Testib.

Si ea rei conditio sit, uti harenarium testem, vel similem personam admittere cogamur: sine tormentis testimonio ejus credendum non est. L. 21. §. 2. *d. Testib.*

1. Qui Criminum reos Quæstionibus per tormenta subjici posse credunt, nec eâ re lædi jus Gentium & naturale putant, satis habent negotii adversus Theologos & JurisConsultos quam plurimos, inter quos ambo præceptores mei in Jurisprudentiæ studio, D. Wissembach & Anton. Matthæus filius, Ultrajectinæ Antecessor Academiæ. Sed testes nullius accusatos Criminis subjicere Tormentis, etsi nec testimonium recusantes, nec falsi convictos, aut de facto suspectos, superat omnem, ut videtur, barbariem & immanitatem. Parata sit exceptio, nonnisi de personis vilissimis & improbatæ Professionis id esse constitutum, quales harenarii, qui ad depugnandum in arenâ publicè operas suas locant. Sed nulla conditio fortunæ tam potest esse despecta, vel turpis, si tamen impune versetur in eâ, ut sine ullo merito tormentis subjici debeat. Rursus tamen pro Lege dici potest: Harenarios, similisve prostituti pudoris homines quales etiam sunt meretrices, quæ similiter impune quæstum profitebantur apud

Romanos, non posse penitus excludi ab omni facultate perhibendi testimonii, per ea quæ diximus ad *l.* 13. *h. t.* Nec tamen utilitati publicæ convenire, ut pari conditione cum cæteris admittantur; nec adeo fides illis adhiberi posse videtur, nisi aliquo tentamine cruciatus, illorum constantia & syncceritas exploretur: Cui severitati cum vita illorum projecta & obscœna causam dederit, minus illorum respectu, de hac cautione duriori, querelæ superesse videtur. Etsi mollivit hanc severitatem Justinianus in *Nov.* 90. *cap.* 1. ubi testes ejusmodi statuit δύνασθαι καὶ βασάνοις ὑποκεῖσθαι, posse tormentis subjici; Εἰ καὶ φαίνοιεν ὅλως, περὶ τὴν μαρτυρίαν τῶν ἀληθῶν διαφθείρειν τι ἐθέλοντες; *Si id agere videantur, ut omnino circa testimonium veritatis aliquid falsi committant.* Quo casu, nihilo plus in hoc usu Tormentorum difficultatis fuerit, quàm est in universâ Quæstione, quæ ad alium locum pertinet. Non est etiam ab hodiernis Gentium moribus & legibus alienum, ut adversus hoc genus hominum, faciliores sint ad tormenta, quam adversus alios: Quomodo in Frisiæ Statutis, cum ad Quæstionem, nisi post Judicium contradictorium, nemo condemnetur, vagabundi tamen, ex suspicionibus, sine judicio tormentis subjici possunt *l.* 2. *Stat. tit.* 8. *art.* 5.

Papinianus Lib. 1. Definition.

Error facti ne maribus quidem in damnis, vel compendiis obest. Juris autem error nec feminis in compendiis prodest. Ceterum in omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet. L. 8. d. Jur. & fact. ignor.

1. Et ratio & juris regula vult, Feminas in Juris & Facti ignorantiâ melioris esse debere conditionis, quàm sunt Mares, propter infirmitatem sexus in *l.* 9. *in pr. h. t.* Sed hujus loci doctrina nullam inter mares & feminas relinquit discrepantiam. Nam si feminæ in facti erroribus excusantur, Viri æque ab illorum incommodis sunt liberi. Si Juris ignorantia feminis est innoxia in damnis, Viri æque gaudent hac immunitate. Denique, si in lucris non prodest Juris ignorantia Viris, ne feminæ quidem hactenus inde commodum sentiunt, quemadmodum ex hoc loco intelligimus. Ecquid ergo reliquum est differentiæ: Et quomodo illa cohærent? Quin imo sæpe & in damnis nocere, & in lucris prodesse videtur ignorantia juris. Nam qui mutuum repetit à filiof. creditum illi per juris ignorantiam, certat de vitando damno, neque tamen adjuvatur, nisi minor annis xxv. sit. Item, si quis à muliere intercedente petat, quod alii, qui solvendo non est, fide mulieris credidit, hic certat de damno, & tamen ignorantia juris Vellejani nullo modo ipsi prodest, ut ex *Titt.* ϖ. de SCto Vellej. & Maced. pridem intelleximus. Rursus; Heres in legatis agit de lucro, & tamen juris ignorantia non vetat repetere cautionem legatorum causâ in Testamento remissam *l.* 1. *Ut in possess. legat.* Non vetat etiam Juris ignorantia lucrari fructus hereditatis alienæ *l.* 25. §. 6. *d. Hered. petit.*

2. Hæc speciem habent male cohærentium Juris principiorum: Vim tamen non habent, ad regulas hujus loci subvertendas: Etsi de hujusmodi regulis inprimis verum sit; Omnem definitionem esse periculosam in Jure Civili, quia

vix

vix ulla subverti non possit, exceptionibus in infinita actionum humanarum varietate usque quâque pullulantibus *l.* 202 *d. R. J.* Sed videamus, an hæc res sit è genere inexplicabilium. Ergo etsi tam Viri, quam feminæ, ob errores facti excusantur, & sic in universo genere conveniunt, in gradu tamen & in specie, ut hanc vocem nostri accipiunt, potest esse diversitas: ut quibus in causis Virorum, pro eâ quæ decet illos constantia & peritia, non admitteretur excusatio, ob errores facti; in iisdem tamen imbecillitas feminarum conniventiam excusationis admitteret. Præterea, est genus actionum hac regulâ non exclusum, in quo feminæ per juris ignorantiam excusantur, in delictis levioribus, Viri non æquè. Sic feminis in pœnâ incestus non jure Gentium prohibiti ignoscitur *l.* 38. §. 2. *Ad L. Jul. de Adult.* Etiam à pœnâ SCti Turpiliani, propter accusationem temere motam & omissam *l.* 1. §. 10. *verf. Atqui Papin. Ad SC. Turp.* eâdemque adversus illas indulgentiâ in aliis minoribus delictis utuntur leges, de quibus in *Prælect. ad h. t. n.* 2. Quod attinet ad exempla objecta, quibus Juris Ignorantia nocere dicitur in vitandis damnis, & prodesse in lucrosis, contra regulam *h. l. & Præced.* non videtur hæc ita, sicut in objectione fit, accipienda. Fidejussorem aliquis accepit mulierem, ignorans illam Senatus Consulto Vellejano intercedere prohiberi. Non solvitur ei à creditore principali, idque jam habet damnum; Quando convenit mulierem ex fidejussione, vult resarcire damnum inflictum, non evitare quod adhuc infligendum sit. Restitutio damni pridem illati, non est eadem cum evitandi damni conatu. Hanc solutionem applicuimus etiam alteri exemplo de mutuo filiifamilias in *Prælect. ad h. t. n.* 4. sed propius admota videri potest subtilior quam verior. Certe enim qui petit mutuum à filiofam. cum ignorasset SCtum Macedonianum, manifestò certat de damno vitando, nec tamen ignorantiâ Juris excusatur *l.* 3. *in pr.* verbis; *nec juris ignorantiâ.* Quid dicemus? Hoccene quod D. Wissembachius probat *in Comm. ad h. t. nost. disp.* 41. verba hujus Regulæ strictè esse accipienda, de damnis *rei amittendæ*, quando adhuc sumus domini; Juris ignorantiam non nocere *suum* petentibus *l.* 7. *h. t.* nec habere locum hanc regulam, in casibus, quibus dominium rei jam à nobis abscessit, quemadmodum in Senatus Consultis Macedoniano & Vallejano usu venire certum est. Hac responsione si utamur, dicendum erit, Condictionem Indebiti ob Juris ignorantiam penitus cessare; quia sane dominium ejus, quod indebitè solutum est, à solvente recessit, ut condictio satis arguit §. 14. *Inst. de Action.* Etsi autem D. Wissembach aliique non dubitant, Indebiti condictionem cessare propter Juris ignorantiam, per *l.* 10. *C. d. jur. & fact. ignor.* nobis in id tamen concedere religio est, redditis rationibus ad *Tit. Inst. de Obligat. ex quas. Contr. n.* 8. *per l.* 1. *in pr. Ut in poss. legat. l.* 7. *d. Condict. caus. dat. caus. non sequ. l.* 1. *C. de Condict. ob caus. dat.* Secundum quæ, Vox *suum*, latè sumpta fuerit, *in d. l.* 7. *& h. l.* 8. pro omni eo, quod ad nos pertinet, etiam, ut debitum nobis complectatur, sicut in definitione Justitiæ, in tribus Juris præceptis *Suum* proculdubio accipitur, & in *l.* 6. §. 6. *d. His quæ in fraud. Cred. l.* 5. §. *Si cum. d. Except. d. l.* 5. *C. de Hered. petit.* Repudiata igitur hac ratione respondendi, nihil superest, quam ut dicamus: Ignorantiam juris ita excusare in damnis amittendæ rei, ut tamen Leges

ges specialiter latæ contra aliquos actus, non eludantur, nec inutiles fiant hoc prætextu; quales sunt ista duo Senatus Consulta.

3. Supersunt exempla, quibus ignorantia Juris in lucris prodesse dicitur, ut est condictio cautionis legatorum, quæ per Juris ignorantiam præstita fuit *in l. 5. Ut in possess. legat.* sed hæc quoque res non videtur ad lucri causam referenda. Heres fideicommissum ex voluntate Testatoris debens Tertio ad diem certum, cautionem eo nomine præstitit, cum Testator ei cautionem remisisset, quam ipse de jure non posse remitti crediderat. Male; sed tamen non est hoc proprie lucrum petere; est ab onere liberari velle, tametsi causa oneris erat lucrosa; quia tamen condictio cautionis non pertinet ad lucrum, sed ad oneris levamen, placuit, benigne, juris ignorantiam hac parte non imputari heredis præjudicio. De Fructibus hereditatis exemplum pertinet ad hanc regulam; Quod bonæ fidei possessor lucratur fructus consumptos. Est autem bonæ fidei possessor, qui putavit, se esse dominum. At, qui per juris errorem id putavit, utique in eâ fuit opinione. Proinde bonæ fidei cum sit, fructus etiam lucrari debet. Non tam est igitur exceptio hæc à Regula, quod Juris ignorantia in Lucris non prosit, quàm ampliatio & explicatio regulæ de bonâ Fide in perceptione fructuum, quod hæc per juris ignorantiam non amittatur. Hæc addi velim dictis in *Prælect. hic. n.* 3. Denique, si quis etiam à definitione hujus *l.* 8. non putet alienum esse dictum Javoleni, quod est in *citatâ l.* 202. *d. R. J.* non habemus quod admodum refragemur.



EU-

EUNOMIÆ ROMANÆ,

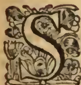
AD

LIBRUM XXIII.

PANDECTARUM,

VINDICIÆ.

Pomponius Lib. III. Institut.



SPONSALIA *sunt mentio & repromissio nuptiarum futurarum. L. 1. d. Sponsal.*

1. Nota & certa est Romani Juris sententia, Nuptias non perfici concubitu, sed consensu, ex *l.* 30. *d. R. J. l.* 15. *d. Condit. & Demonstr. l.* 4. *de Fid. instrum. L. pen. fin. pr. d. Donat. int. Vir. & Ux.* Illum consensum oportet esse diversum à Sponsalibus, quæ de *nuptiis futuris* concipiuntur. Proinde quando Sponsalia fiunt, nuptiæ adhuc futuræ sunt. Et cum Nuptiæ solo consensu perficiantur, ad Sponsalia verò solus etiam Consensus sufficiat *l.* 4. *in pr. h. t.* duplicem oportet esse Consensum temporibus discrepantem, quo Sponsalia, & quo Nuptiæ perficiantur; nec sine ejusmodi diversitate consensionum, hæc principia sibi constant. Atqui difficile dictu atque probatu est, apud Romanos ejusmodi Consensu duplici Nuptias & Sponsalia semper fuisse discreta. Fuisse aliquando, non est dubium, quia Sponsalia celebrantur inter eos etiam, qui nuptiis per ætatem contrahendis non sufficiunt *l.* 9. *l.* 11. *l.* 14. *h. t.* sed hoc etiam videtur abunde constare, quod Consensus de matrimonio contrahendo, per quem partes se valide ad fidem conjugalem obligant, cum animo illam quantocius implendi, Sponsalia nuncupetur. Hoc apud Romanos ita obtinuisse, testis est locuples A Gellius in *lib.* 4. *Noct. Att. c.* 4. ubi, *Qui uxorem,* inquit, *ducturus erat, stipulabatur, eam in matrimonium ductum iri: qui daturus erat, itidem*

dem spondebat, daturum. Is contractus Stipulationum sponsionumque, diceba-tur Sponsalia. Tum quæ promissa erat, sponsa appellabatur: qui spoponderat ducturum, sponsus. Non potest clarius exprimi, non aliud fuisse moris apud Romanos, quam est hodie, inter omnes populos: ut qui fidem matrimonii mutuo sibi dederunt, quamdiu intra terminos Conventionis subsistunt, Sponsus & sponsa dicantur. Sic etiam Juvenalis *Sat. 6.* de nuptiis agens,

Conventum tamen & pactum & sponsalia, nostrâ
Tempestate paras?

Et mox; *Jam digito pignus fortasse dedisti.*
Dein, *Uxorem Postume ducis?*

Hunc etiam respicit Ulpianus *in l. 4. h. t. Sponsalia autem dicta sunt à Spondendo: Nam moris fuit Veteribus, stipulari & spondere sibi uxores futuras. Unde & Sponsi sponsæque appellatio nata est l. 3. eod.* Postea *nudus consensus suffecit ad Sponsalia constituenda l. 4. eod.* Nihil est clarius, quam talem consensum in his qui poterant & volebant inire nuptias, unicum fuisse, qui præcederet Nuptias, nec in quotidianis Nuptiarum contractibus alium intervenisse consensum, quàm qui *Sponsalia* diceretur, eaque sequutam fuisse Nuptiarum celebritatem & consummationem, ut pluribus à nobis probatum est *in part. 1. Digress. lib. 2. cap. 8.* Sed quid tum fiet huic definitioni, si verum sit, quod est verissimum, Nuptias solo consensu perfici; quænam est illa mentio & repromissio *futurarum* nuptiarum? Nisi nuptias pro ritu celebrandi & implendi illas copula carnali, accipere velis; quod esse contra usum Juris & regulam *tot locis supra citatis* adstructam, patet, adeoque majorem Arti confusionem inferret, quam modo inferre videtur hæc definitio; si de Sponsalibus ordinariis, & non tantum de iis, quæ non nisi rarò inter impuberes fiunt, intelligenda sit, ut omnino capiendam videri mox videbimus.

2. Creduntur illud vidisse Juris Canonici Auctores, qui propterea caverint hoc definitionis incommodum, faciendo duorum generum Sponsalia, de *futuro* tempore, & alia de præsenti *cap. pen. X. de Sponsal.* Ut *de futuro* sint, quæ inter impuberes, aut alios, qui longo tempore nolunt adhuc perficere nuptias, De præsenti, Ordinaria sint Sponsalia, quæ purum in Nuptias consensum continent. Bene Pontifices, si istum de nuptiis consensum ab ipso matrimonio distinguerent, Sed illi non minus quam Juris Civilis auctores ingeminant, *matrimonium non facere coitum, sed voluntatem c. 1. caus. 27. Qu. 2.* Item in *cap. Tuæ fraternitati*; *Matrimonium in veritate contrahitur per Legitimum Viri & mulieris consensum.* Quibusdam autem post Nuptias supervenire dicitur *d. caus. 27. Qu. 2. c. 35. & sequ.* Quid ergo fiet Sponsalibus de præsenti, si differant à matrimonio, & hoc Consensu ac voluntate perficiatur? Quid est medium inter Consensum de nuptiis, id est, ipsum matrimonium & Sponsalia de præsenti? Apparet nihil; nec Confusio minor, quam Jure Romano: Nisi cum Tuldeno, post alios, *ad tit. C. de Nupt. n. 3.* statuas, Matrimonium jure Pontificio, saltem novissimo, non perfici solo consensu; quod tamen non persuadet, refragantibus antiquis supraque citatis locis: nec novis è Concilio Tridentino institutis id efficientibus, ut demonstravimus *in d. lib. 2. Digress. c. 7. n. 3.*

3. Quod

3. Quid ergo fiet utriusque Juris Eunomiæ? Rem insolitam aggredi videamur, si jus vetus ex moribus hodiernis interpretari visum fuerit. Attamen, si facultas hic loci fuerit ita instituendi, tentemus. Hodierno gentium usu, præter Sponsalia rarioris usus, inter impuberes aliosque à nuptiarum exercitio adhuc alienos, nomen Sponsaliorum sibi vindicant, Promissiones Nuptiarum sive matrimonii, factæ inter eos, qui parati sunt ad ipsas Nuptias in actum deducendas. Hæc Sponsalia vocantur, & qui illa contraxerunt, Sponsus & Sponsa dicuntur, usque ad impletum conjunctione corporali matrimonium. Attamen qui rem magis, quam verba considerant, ejusmodi promissiones nuptiarum, habent pro ipso matrimonii vinculo, quod ad fidem & qualitatem attinet conjugalem: sed implementi, quod summam voti conjugalis continet, respectu, res adhuc futura tum videtur Matrimonium. Non putem, erraturum, qui dixerit, eodem modo, se rem apud veteres habuisse Romanos, ut Promissiones Conjugales statim Vocarentur *Sponsalia*, Nuptiarum appellatio magis ad implementum conjunctionis corporalis referatur. Quorsum igitur in definitione, Sponsalia tam disertè separantur à nuptiis, si tam hæ, quam illæ in Consensu matrimoniali constiterint? Quia non visum fuit Romanis, hoc populare discrimen in Artem Juris inferre, quemadmodum Canonistis placuit. Sed ut termini bene constarent, Sponsalia definiverunt ita, ut à matrimonio realiter differrent; eaque sola intelligerentur in definitione, quæ hoc reale discrimen continerent, ut sunt ea, quæ fiunt inter impuberes, aliosve, non habentes adhuc jus aut consilium perficiendi nuptias, de quibus specialiter agunt in *l. 6. l. 7. §. 8. l. 9. l. 11. l. 13. l. 15. in fin. & l. 17. h. t.* Quomodo etiam Canonistæ è Tridentino Concilio *Decret. VII. l. 4. tit. 1. c. 2.* uovissime tradunt; *Matrimonia per verba de præsenti contracta, non tamen consummata INTERDUM Sponsalia, nec nisi impropriè*, appellari. Hæc adde sis iis, quæ dicta sunt in *d. lib. 2. Digress. c. 7. 8. 9. & in Prælect. ad. h. t. à pr.* Definiuntur hic igitur Sponsalia quæ fiunt inter eos, qui non possunt vel adhuc longo tempore nolunt perficere nuptias.

Ulpianus Lib. singulari de Sponsal.

Sed quæ patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur. Tunc autem solum dissentiendi à patre licentia filiæ conceditur, si indignum moribus, vel turpem sponsum ei pater eligat. L. 12. *d. Sponsal.*

1. Dura Lex in puellas, præ adolescentibus, sine quorum libero consensu Sponsalia ipsorum contrahi non possunt *l. 13. h. l. 21. d. R. N.* Filia familias ne quidem rogatur, verum si præ verecundiâ non repugnet, obligatur; Nec si repugnet, quicquam proficiat, absque ulla exceptione, nisi quando Pater indignum moribus, aut turpem Sponsum elegerit. Quasi non cuique suum hac parte judicium, & qui patri satis aptus, filiæ turpis videri non possit; nec sæpe contingat, ut matrimonia cum Viris non plane turpibus, aut indignis, à filiabus familiarum absque aversione tædioque animi secretâ & duratura, per aucto-

ritatem patrum contrahantur, eventu sæpe tristissimo. Mirum est, Theodoram Justiniani, Imperatricem, quæ mulierum jus plurimum auxit, operam non dedisse, ut hac parte feminæ Viris æquipararentur; cum & alioqui Justinianus, ut naturæ Accusatores increpet eos, qui discrimen inter mares & feminas juridicum statuunt *l.* 4. *C. de lib. præter.* Hinc etiam moribus hodiernis, hoc caput Romanæ Jurisprudentiæ esse abolitum, saltem in Galliâ & Germaniâ utrâque, testis est Groenewegius ad *h. l.* Quin etiam Jure Canonico modesta dissentiendi & contradicendi facultas, extra causam manifestæ turpitudinis, aut indignitatis non negatur, Puellæ filiæfamilias, *cap. cum locum* 14. *X. de Sponsal.*

2. Quod ad meritum Censuræ attinet, res pendet à moribus & institutis populorum, qui non pauci sunt, in quibus rigor *L. hujus* etiamnum servatur, & ubi filiæfamilias non consuluntur, sed à parentibus insciæ nuptiis elocantur. Idque laudatur ex Ambrosio in *Cap. Honorantur* 13. *cauf.* 32. *qu.* 4. allegato etiam Euripidis disticho, qui Hermionem ita facit *loquentem*, *in Androm.* suavissimè.

Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν Πατὴρ ἐμὸς
Μέριμναν ἕξει, κ' οὐκ ἐμὸν κρίνειν τόδε.
Sponsaliorum quidem meorum Pater meus
Curam habebit; nec mei res est illa judicii.

Non est tamen, ut hoc, quod in puellis laudabile & decorum habetur, in necessitatem adeò coarctatam vertatur. Ideoque licet hic mos suâ ratione probabili & honesta nitatur, magis est tamen, ut earum gentium mores, quæ filiabus dissentiendi facultatem non magis, quam filiisfamiliarum negandam putant, præferamus *l.* 13. *h. t.* Et sic indubitata maximæ partis Europæ est observatio; Etsi in Italiâ & in Græcia, quemadmodum in omni Oriente, jus hujus *l.* 12. magis adhuc valeat.

Paulus Lib. xxxv. ad Edict.

Nuptiæ consistere non possunt: nisi consentiant omnes: Id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt. L. 2. d. Rit. Nupt.

1. Parentum in Nuptiis ineundis consensum à liberis adhiberi, naturalis & Civilis ratio suadet, ait Justinianus in *pr. I. de Nupt.* Sed quod adeo sit necessarius Parentum consensus, ut Nuptiæ sine eo sint ipso jure nullæ, hoc est, *consistere non possint*, ut habet hic textus, quod explicatur *in* §. *pen. I. de Nupt.* justam Censuræ materiam Canonici & Pragmatici Juris auctoribus præbere videtur. Nam etsi Canones parentum consensum satis valide requirant in *C. aliter*, *C. nostrates*, *C. Qualis*, *C. Sponsus* 30. *q.* 5. Item *caus.* 32. *qu.* 2. *Cap. non omnis*, *Cap. Honorantur & Cap. ult.* alia tamen iisdem in locis requisita uptiarum memorantur, & consensui Parentum junguntur, quæ ad essentiam illarum nullo modo pertinent. Idque liquidius est ex his textibus. *Cap. sufficiat caus.* 27. *qu.* 2. ubi; *Sufficiat secundum Leges solus eorum consensus, de quorum conjunctionibus agi-*

agitur. & Raptor, qui filiæfamilias raptæ consensum ad nuptias habet, etsi parentes reclament, ad matrimonium tamen admittitur *C. cum causa X. de Raptor.* Idem Juri Divino & Naturali esse consentaneum, statuit Grotius *in lib.* 2. *c.* 5. *n.* 10. ubi docet, quod est verissimum, idque Parentum Consensui applicat in matrimonio non omnia quæ juri naturæ repugnant, id est, improbantur, eodem jure naturæ esse irrita vel nulla: sed ea demum, in quibus deest principium, dans validitatem actui, aut in quibus vitium durat in effectu, ut accidit in conjunctionibus incestuosis. Sed nihil ejusmodi est in consensu Parentum nuptiali, neque pertinet hic ad principium matrimonii internum; quod est omnino penes contrahentes: Ipsa quippe ratio naturalis dictat, ut quisque de facultate suâ, id est, de eo, quod plene & directè ipsius est, liberè disponat: Atqui nihil magis propriè nostrum, quam est gignendi facultas, existere potest: quæ cum principium matrimonii constituat internum, hoc oportet naturaliter in potestate sit contrahentium. Quod etiam è defectu Consensus paterni est vitii in hoc Matrimonio, transitorium non durabile est. In sacris quidem literis, *pergit Grotius*, multos videmus pios viros, magisque mulieres, in contrahendis nuptiis secutas auctoritatem parentum: sed non tamen irritum pronuntiatur Esavi matrimonium, aut liberi illegitimi censentur, quia sine tali auctoritate nuptias contraxerat, *inquit.* Urget etiam Jus Romanum Grotius, hac ratione, quod Dissensio matris; cum jure naturali & divino sit eadem erga ipsam liberorum obligatio; nuptias filiorum filiarumque non facit nullas. Cui accedit, quod ex ratione Juris Gentium, actus liberorum adultorum, qui non spectant ad regimen familiæ, Patriæ potestati subesse nequeant. Hic autem actus ineundi matrimonii non modo talis non est, sed aperte quoque ad separationem domus & familiæ pertinet. Accedunt ampliationes in Jure Civili, quæ sententiam hanc faciunt duriorem & incivilem: *prima*, quod nullitas illa sit perpetua, neque cesset, etsi liberi ad justam imo provectam ætatem pervenerint: quod plerisque populis à rigore juris civilis alioqui non alienis, adeo displicuit, ut ætatem xxv. annorum pro termino hujus necessitatis receperint, quâ de re Groenewegius *ad h. L.* Altera notetur ampliatio: quod, etsi *Nuptiæ liberorum*, sine parentum consensu initæ, conjunctione corporum sint impletæ, licet inde liberi sint nati superstites, tamen Conjugium maneat nullum, ideoque Pater ejusmodi Nuptias de facto distrahere, filiamque vel filium suum abripere possit ex amplexu amati, vel amatæ, postquam in unam carnem eademque ossa jam coaluerint: quod ingens caterva Theologorum & JurisConsultorum, quos citat Sandius noster *in lib.* 2. *Decis. Tit.* 1. *def.* 4. putant esse deforme, crudele, scandolosum. Ita constat, multiplex Censuræ gravissimæ argumentum.

2. Cui melius parere clariusque satisfacere non possumus quam inde ab initio Patrocinium doctrinæ Juris Romani hac in parte suscipiendo, quod optimè fiet, ratione prius exposita, per quam hæc severitas gravissimo Legislatori placuit. Notum est, præcipuam Juris positivi partem consistere in rebus probabili ratione subnixis, & Honestate commendatis, quæ si cum statu Civitatis & utilitate civium bene conveniant, creberrimam & justissimam Legumlatoribus materiam sanciendi, & δύναμιν ἀναγκαστικὴν, *vim coactivam* addendi ta-

libus institutis suppeditant. Esse autem valde probabilem hujus observantiæ rationem, ut liberi consensum parentum in Nuptiis adhibeant, nemo dissentientium negat: Nec esse rem majoris momenti, ad Civium fortunas statumque familiarum in ordine salutari continendum, quam sit prudens rei conjugalis administratio, non minus omnes fatentur. Quidni igitur Reipubl. moderator rem adeo præstantem liberis injungat, ut necessariam: cum nulla sit in omni genere vitæ, cujus libertas facilius in licentiam, summo disciplinæ publicæ privatæque ludibrio, degeneret? Idque nemo clarius & crebrius ingeminat, quam Canonici Juris auctores, in tot suprà laudatis textibus, quibus non modo laudant, sed etiam inculcant liberis, ne Parentum in Nuptiis consensum negligant. Sed non est, quod sollicite, caulas honesti & probabilis in hoc argumento cumulemus; In iis facile omnes convenient. Sed in Nullitate matrimonii, propter hunc defectum, vertitur omnis difficultas, ubi primo Canonici Juris auctoritati, ut ordinem objectionum sequamur, est satisfaciendum.

3. Si audimus Wissembachium nostrum, nihil est facilius, quam demonstrare, Canonistas esse vitio creatos Censores, dum honestatis causâ requiri Consensum Parentum, de necessitate non requiri docent, ut *superius* dictum est. Pessimo divortio Honestatem à Necessitate separant Canonistæ, ait D. Wissembach *disp. 6 ad Inst. th.* 22. Nam id demum possumus, quod honeste possumus *l.* 15. *d. Condit. Inst.* In matrimoniis, id quod honestum est vel potissimum observandum est. *l.* 42. *d. Rit. Nupt.* Plus in Jure Honestas desideratur, quam Justitia *arg. C. porrò* 22. *caus.* 35. *qu.* 3. ut merito hoc nomine explosi sint, cum à Theologis & Ethicis, tum etiam à Chassanæo in *Catal. glor. M. part.* 12. *Consid.* 36. Hæc Vir Cl. quibus ad Censuram Pontificii Juris auctoribus reponendam, quominus utamur, faciunt ea, quæ hac de re collocavimus in *part.* 1. *Digress. l.* 2. *c.* 15. *& part.* 2. *c.* 7. *n.* 2. ubi probavimus; Honestatem non tantum pro Necessitate morali, sed etiam pro decore & laudabili, non tamen opposito sensu necessariæ prohibitionis, aut nefarii sumi. Nec ideo Canonistæ præcipuam reprehensionem merentur, quod, cum defectum consensus paterni, nullitatem matrimonio inferre negant; honeste tamen illum adhiberi, nec sine reprehensione omitti posse concedunt.

4. Quod ad Jus Divinum attinet, non est tam extra controversiam, Consensum parentum non inferre nullitatem matrimonio, quam Grotius videri vult: Adeo, ut Theologi complures ejusmodi conjugium nequidem copulâ carnali & supervenientibus liberis confirmari putent, ut auctoritate Petri Martyris, Theodori Bezæ, Francisci Junii & Immanuelis Tremellii, denique Johannis Piscatoris, & Hieronymi Zanchii, præter diversos JurisConsultos, probat Sandius noster in *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 4. *versu. Contra alii.* Jus enim Patribus, elocandi filias, aut servandi datur, τηρεῖν ἢ ἐκγαμίζειν, ait Apostolus 1. *Corinth.* 7. *vers.* 37. Idem conceditur Parentibus *in cap.* 7. *vers.* 3. Adde, quod Pater filiæ suæ corruptori, pro lubitu, copulam matrimonii negare, vel concedere possit *Exodi* 22. *vers.* 17. Accedit *argum. cap. ult. in pr. Libri Jud.* ubi Benjamin Tribus ἀμέχως omnino extinguenda fuisse dicitur, eo quod Patres

tres reliquarum tribuum juraverant, se nulli è Benjaminitis, filias suas esse daturos in uxores: quâ gratiâ Raptus commentum & remedium excogitarunt; quo melius & rectius aliud in promptu fuerat, si filiæ, parentibus inconsultis, matrimonium contrahere potuissent. Quod autem de non rescisso Esavi conjugio excipit Grotius, nihilo magis probat, apud Hebræos consensum non fuisse necessarium, quam id hodie probetur in Frisia (ubi sic juris esse constat, ut matrimonium sine jussu Patris initum sit ipso jure nullum) exinde, quod pleraque sic inita conjugia, de facto ibi non rescindantur à Parentibus. Longe enim alia prudentiæ, & alia Juris est quæstio. Plerumque malunt Parentes, liberos qualitercunque copulatos, re non amplius integra, in statu, quo se præcipites dederunt, relinquere, quam ad extremam Patriæ potestatis lineam, exequi suum jus, contra liberos amoribus inconsultis inretitos: Ad quam partem prudentiæ pertinet adspectus ille duritiæ & inclementiæ, quem pars hujus sententiæ adversa præferebat.

5. Cæteroqui juris Naturalis & Gentium rationes, esse tantum honestas & valde probabiles, haud gravatè concedimus Grotio: ut tamen honestatem illam rationemque probabilem abunde sufficere existimemus, ad Eunomiam Romano Legislatori adserendam, per ea, quæ *in princ. commentarioli ad h. l.* protulimus. Nec ampliatione, si copula carnali liberisque matrimonium sit confirmatum, ratione duritiæ & violentiæ, tam validè oppugnatur hæc sententia, quàm defenditur ex eo; quod absurdum sit, eum, qui peccavit, ad effectum rei, in quâ peccavit, obtinendum, novo & graviore peccato adjuvari: Et illicitam conjunctionem, per stuprum, quod est reverâ, subsecutum & continuatum, fieri justam & irrevocabilem, pro ut hanc rationem luculenter exequitur Sandius *in d. def.* 4. Sed ex ipso jure Romano sunt duo textus, huic admodum inimici opinioni: *Lex* 1. §. *ult. Ad Exhib.* ubi, bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis non esse turbanda, docet Ulpianus. Et paulus in *lib.* 2. *sent. tit.* 19. *Eorum, qui in potestate Patris sunt, sine voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur: sed contracta non solvuntur, quia contemplatio publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.* Textus uterque solutionem meretur justam & plenam; Sed ut repetamus eam ex *lib.* 1. *Digress. c.* 15. *&* 16. *parte* 2. ubi plene iis satisfactum est, supervacuum videtur.

6. Est adhuc aliud Censuræ argumentum, quod breviter removendum est, etsi remotum alias pridem. D. Antonius Matthæus *disp.* VII. *fundam. Jur. n.* 19. *Matris*, inquit, *Consensum, in contrahendis Nuptiis negligere licet*; quoniam hoc jus est patriæ potestatis *h. l.* 2. *Pr. inst. de Nupt. Repugnat Decalogus, Honora Patrem & Matrem: Atque adeo L.* 42. *d. Rit. Nupt.* ubi, *Semper in Conjunctionibus non solum quid liceat, considerandum est: sed & quid honestum sit.* Responsio ad objectionem è Decalogo, communis est: quod Honor & Potestas differant. Honorem utrique parenti æqualem non negant Leges: Sed potestatem ad evitandum in regimine familiæ conflictum, uni committendam censent; nusquam enim verius, Οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη. *Plurium non valet imperium.* Nec id à Jure divino alienum videtur. Nam quæ sane *superius* de jure Parentum in Nuptiis contrahendis, è sacris literis habuimus, satis perspicue ad Patres solos

pertinent. Spectat hujus rei decisio ad imperium familiæ, quod Jure Divino, non minus quam Romano Patrif. soli debetur. Honori tamen matri debito consentaneum est, ut ipsa quoque in re tanti momenti consulatur; Ac ita consensus ejus recte de Honestate magis, quàm de necessitate requiri videtur. Sed tum instat D. Matthæus, Honestatem, qualis in Decalogo, inferre necessitatem; & sicut honos matri exhibitus continet promissionem vitæ, sic ejus neglectus interminationem mortis implicat: Præter quod Paulus in *d. l.* 42. non minus id quod honestum est in Nuptiis, quam quod licet, inspiciendum esse monet. Hæc res iterum incidit in eandem, quam *suprà* habuimus, difficultatem, quâ necessitas moralis & honestas pessimo divortio separari dicuntur: Nisi quod hæc instantia magis urget. Ad illam igitur respondendum videtur. Primo, neglectum honestatis à necessitate vix ita separari posse, duntaxat in hoc negotio (in universum enim non videtur) ut peccati culpâ vacet ejusmodi honestatis & materni consensus neglectus: sed non omne peccatum facit actum, ejus vitio infectum, ipso jure nullum. Prodiga donatio in fraudem suorum & pauperum facta est peccatum; nec tamen nullius habetur Valoris, sed à donatario, si in specialia Legis requisita non impingat, hauddubie peti potest. Sæpe fit, ut conjunctio nuptialis minus honesta sit, cui dictum ejusmodi Pauli nostri bene conveniat; *In re dubiâ rectius & modestius est, hujusmodi nuptiis abstinere, l.* 17. §. 3. *in fin. h. t.* tametsi liceant, hoc est, jure valeant *d. l.* 42. *in pr.* Præterea, discrimen esse quoad ipsum peccati effectum, inter consensum matris & patris adhibendum; si maxime requisitum Honestatis in plenitudine sua concedatur, ratio dictat. Nam si Mater rogata, sine justa causâ, imo contra justam rationem dissentiat, ejus voluntatem sequendam esse, ne quidem Honestas, opinor, ipsa postulat. Sed pater, cui est imperium in liberos;

Θεμιστεύει δὲ ἕκαστος
Παίδων ἠδ' ἀλόχων.

Imperat quisque paterfamilias uxori liberisque suis,

non tenetur ad rationem sui consensus vel dissensionis reddendam; quia satis constat, Imperium elumbe fieri, si amplius quam uni constet, & subjecti tam interpretandi imperata, quam exequendi jus habeant. Non putamus igitur, Honorem & pietatem æquè Matribus ac Patribus debitam, horum potestati, in jure statuendi de Nuptiis liberorum derogare, vel hanc disparitatem offendere quintum Decalogi Præceptum.

Paulus Lib. 1. ad Sabin.

Si nepotem ex filio, & neptem ex altero filio in potestate habeam: nuptias inter eos, me solo auctore, contrahi posse Pomponius scribit. Et verum est. L. 3. *d. Rit. nupt.*

1. Sunt fratrum & sororum liberi, quos hic avus jungit matrimonio, quod jure fieri posse, docet Justinianus *in* §. 4. *Inst. h. t.* Etsi Theophilus istum §. legat

legat ac interpretetur negative, pro more sui temporis. Nam post Justinianum prohibitæ fuere consobrinorum nuptiæ, sicut ante eum vetitæ fuerant à Theodosio; cujus filii tamen jus vetus renovarunt *in l. 19 C. de Nupt.* Et hic sane primus, post nefarios, nuptiis gradus est licitus. Ideoque discordat admodum conscientia generis humani, dum aliæ gentes eas permittunt, aliæ prohibent; ut observavimus, *in part. 1. Digress. l. 2. c. 22. n. 3. in fin.* Sed Pontifices, qui passim in Jus Romanum Censuram suam venditant, prohibitionem sanguinis causâ, novissime ad quintum usque gradum suæ Computationis, *exclusive*, id est, ad nonum usque juris Civilis extenderunt *c. 8. X. de Consanguin. & affin.* cum olim ad septimum, imo in infinitum usque in ipsa lineâ collaterali producta fuerit *cap. 35. qu. 2. c. 16. 17. 18. 19. 20.* Sed jus Civile quod ad nuptias consobrinorum attinet, creditur habere suffragium Juris divini, cum, quod inter gradus prohibitos *Levit. 18. & sequ.* non reperiantur consobrini, id est, fratrum & sororum liberi, tum quod exempla sine notâ memorantur *Genes 24. & 29.* Ita juris Canonici rigorem facile sustinet Eunomia Civilis; inprimis eo, quod satis constet, Pontifices illam severitatem ultra terminos juris Divini intendisse, potentiæ exercendæ causâ: Quatenus per auctoritatem dispensandi, quam sibi reservabant, & sæpe negabant Regibus atque Principibus, summos & infimos sibi habebant obnoxios. Cujus dominationis evitandæ causâ, legimus aliquando Reges in alio & exotico terrarum orbe (nec enim in vicinis gentibus Principes familiæ reperiuntur, quæ non gradu quarto canonicæ computationis se mutuo contingant) sibi uxores quæsivisse, quemadmodum Henricus I. Galliæ Rex eâ causâ duxit in uxorem Annam Russorum Principis filiam, circa annum 1033. & Alphonsus Sapiens Castiliæ Rex sibi desponđit Christianam Daniæ Regis filiam, circa annum 1271. utroque exemplo in Historia Civili à me in hanc rem observato, in *reb. Gall. & Hisp. ad illos annos.* Prætextus Canonici rigoris est, *τὸ εὔσχημον καὶ εὐπρέπεια*, decori & verecundiæ Christianæ ratio, quam in necessitatem, judicio tamen Ecclesiæ *dispensabilem*, converterint. Sed convenientia Juris & Divini & Romani in hoc genere prohibitionum, quam meritò Calvinus *mirificam* vocat, *ad Levit. 18.* cum Romanis æquè propositum fuerit, circumdare laudabilibus præcepti necessitatem, ubi sapiens rerum æstimatio id exigeret, Eunomiam Civilem satis adserit; & ficta Pontificiorum adseveratio, tam per ea quæ diximus, quam per dispensationes in gradibus Jure Divino severè interdictis usurpatam, evidenter detegitur.

Modestinus Lib. 1. Regul.

In liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intellegendæ sunt: si non corpore quæstum fecerit. l. 24. d. Rit. Nupt.

1. Consuetudo in hoc loco significat usum, convictum & familiaritatem Domesticam, una cum usu communi corporum, sive concubitu. Priore sensu, Cicero in *Orat. pro Rosc. Erat mihi cum eo*, inquit, *non modo hospitium, verum etiam domesticus usus & consuetudo.* De usu corporum extra matrimonium, *consuetudo* sumit-

ſumitur in *l.* 34. ***Ad L. Jul. de Adult.*** ubi Modeſtinus idem qui hic; qui *liberam mulierem Conſuetudinis*, inquit, *non matrimonii causâ habet.* De concubitu conjugali Suetonius in *Nerone*: ubi *uxores*, inquit, *præter Octaviam duas poſtea duxit, Octaviæ conſuetudinem cito adſpernatus.* Exemplum hujus legis iſtiusmodi eſt; Paterfamilias cœlebs habet mulierem liberam, cum qua diurnam & nocturnam conſuetudinem habuit; (nomen uxoris an Concubinæ dederit ei non conſtat) liberos inde ſuſcepit: Deceſſit: Liberi petunt ejus ſucceſſionem ab inteſtato. Frater defuncti opponit ſe; Negat matrem eorum fuiſſe uxorem, liberos negat eſſe legitimos, ſucceſſionem ſibi vindicat. Cujuſmodi ſpecies facti ultima fuit, quæ me coràm in Suprema Friſiorum Curia tractata fuit: niſi quod in illâ paterfamilias, mulierem aliquoties uxoris nomine apud alios honeſtaverat. Sed ponamus & hoc abeſſe, quemadmodum in terminis hujus legis abeſt: Quæritur, uxor an Concubina fuiſſe præſumatur. Quæ nunquam ducta domum, cum quâ nulla feſtivitas, nulla ſolennitas unquam celebrata fuit, ſola & mera conſuetudo interceſſit. Modeſtinus ait, intelligendas eſſe Nuptias, non Concubinatum. Secundum quam Juris civilis regulam, Friſii, quemadmodum in aliis hac etiam in re jus dicunt, ut tametſi benedictio Sacerdotalis & Solennitas Eccleſiaſtica apud Chriſtianos paſſim recepta, non ſit adhibita, Matrimonium tamen ſit Legitimum & liberi inde nati ut tales, ad ſucceſſionem admittantur. Quæ res aliis populis hominibuſque mirifice diſplicet, ut Matrimonium, quo nihil eſt ſanctius, tam ſocorditer & deformiter habeatur: Focariam Cubiculariam corporis ſui copiam, ſine alio ritu vel contractu, de quo conſtat, Hoſpiti ſuo facientem, pro uxore legitima haberi! neglecta etiam Eccleſiæ Conſcientiâ, Idque populis & gravibus Chriſtianis poſſe placere. Non immerito matrona, quæ litem modò memoratam, defuncto marito, pro liberis ſuis urgebat, cum intelligeret, quo pacto nuptiæ Jure civili & heic etiam conſiſterent; *HEM Friſicum*, inquit, *matrimonium!* Satin' hæc ad rationes Eunomiæ comparata? Apud Hollandos equidem Conſtitutione Politicâ pridem id eſt mutatum, Nullitatis pœnâ, in neglectum copulationis Eccleſiaſticæ ſancitâ, *Polit. Ord. n.* 3. Grot. *introduct. l.* 1. *p.* 5. *n.* 22. Quin ipſum Civile Jus, videndum, an ſatis in aliis capitibus cum *hujus l.* 24. cruditate conveniat. Nam liberæ mulieris conſuetudo, quæ hic nuptias arguere dicitur, opponitur Matrimonio in *d. l.* 34. *ad L. Jul. de Adult.* Et *Jure novo*, ait Gotofredus ad *h. l.* 24. nuptæ non *præſumuntur, niſi mulier probet, à Viro, ſe eâ mente acceptam, ut illi eſſet uxor, Nov.* 74. *c.* 5.

2. Hæc ad Cenſuram; cui primo rationem opponemus generalem, dein ad objectiones reſpondebimus. Conſuetudo Patrisfamilias cum liberâ muliere, domeſtica, nocturna, diurna, conjugali ſimilis, poteſt eſſe matrimonium: vel Concubinatus. Si probatur affectionem interveniſſe conjugalem, idque vel è contractu, vel confeſſione viri & mulieris conſtet, etſi nulla in domum deductio & ſolennitas intervenerit, matrimonium eſſe legitimum, vidimus aliàs. Etſi aliquo ſenſu *injuſtæ* ejuſmodi nuptiæ, & uxor *injuſta* vocari poſſit & ſoleat. Si quando nulla probatio in promptu ſit, è præſumptionibus idem colligendum: Eſt autem præſumptio, nihil aliud, quam Anticipatio judicii, ex eo quod ut plu-

plurimum fit. Esse autem frequentius matrimonium inter Virum & feminam domesticâ utentes consuetudine, quam Concubinatum, manifestum est. Ergo præsumendum potius illud, quam posterius. Accedit à naturâ negotii, quod in dubio credendum fit, homines in partem honestiorem consuluisse; quemque enim bonum, quamdiu non probatur esse malus, habendum, jus & ratio docet. Denique status liberorum magni hac parte momenti esse debet, tam respectu parentum, qui liberis quam optime consultum voluisse, bonaque sua illis destinasse credendi sunt, quam Reipubl. cujus interest, quam minimum inhonesti sanguinis in civitate reperiri, & familias transmissione patrimoniorum in liberos propagari. Quod fieri aliter non posse, quam si matrimonium fuerit in veritate norunt ipsi parentes, & quorum hisce de rebus est judicium. Eoque pertinet notabilis constitutio Divi Marci & Lucii Veri in *l.* 57. §. 1. *h. t.* Hæc ratio secundum hypothesin Juris Romani, quo discrimen concubinatus & Matrimonii ex solo consensu pendet, satis evidens & justa videtur. Sed pro more Christianorum adhibendi ritus sacros aliquanto plus dubii esse videtur; non est tamen revera, si consideremus, Ecclesiasticam benedictionem non esse tam vetus institutum, ut in sacris literis sit cognitum: Nec ideo esse necessitatis; utcunque laudabilis ille mos sit: cum nec inter alios, quam qui Ecclesiæ addicti sunt, obtineat. Ideoque neglectus ejus reprehendi, etiam mulctari potest, ut fit in Frisiæ Legibus: Cur nuptias vere contractas reddere debeat nullas, nisi quibusdam populis ita proprio arbitratu visum fuerit, ratio nulla profertur: Nedum ut ex matrimonio concubinatum introducere posset. Quod ad locum attinet oppositum ex Modestino in *l.* 34. *ad L. Jul. Adult.* inde nihil probatur, quam Consuetudinem absque animo habendi matrimonii stuprum esse, vel concubinatum. Ex *Novellâ* 74. *cap.* 5. Gotofredus aut ex quo is habuit, plus colligit, quàm in eâ situm est. Proponitur mulier à viro solenniter & jurejurando interposito in uxorem ducta liberis susceptis; ex ædibus ejecta. Si probare possit mulier, se in uxorem fuisse acceptam, tueri se potest contra maritum, ut domi servet; &, si indotata sit, quartam maritalium bonorum partem sibi vindicare potest. Inde nihil ad hanc Quæstionem: Nisi forsitan hoc aliquis inde quærendum putet, An & mulier *hujus loci*, quæ non potest doceret se expresse in uxoris honorem esse adsumptam, ejecta domo juris hujus copiâ potiri possit. Respondeo, constitutionem *d. Nov.* conceptam esse de his, quæ solenniter & jurato in uxores adscitæ fuere; non ad mulieres, quæ præter consuetudinem, nihil juris uxorii proferre possunt; Ergo de Quartâ bonorum non videtur illis concedendum. Verum tamen, si vir mulierem diuturnâ consuetudine sibi junctam probare non possit esse concubinam, cum lex illi jus uxoris adscribat, contra vim injustam tueri se poterit. Nec ideo legem hanc 24. per *d. Nov.* 74. *c.* 5. abrogatam esse, statuendum est. Hæc omnia, nisi mulier corpore quæstum fecerit, id est, verè sit meretrix, ut est in textu.

Papinianus lib. IV. Responsor.

Inter privignos contrahi nuptiæ possunt: etsi fratrem communem ex novo parentium matrimonio susceptum habeant. l. 34. §. 2. d. Rit. Nupt.

Censura Ant. Matthæi *disp. Fundam.* 7. *th.* 18. Privignus, *ait*, id est, mariti filius ex aliâ uxore, & uxoris filia, ex alio marito, matrimonium rectè contrahunt, Comprivigni, §. *Mariti Inst. de Nupt. L. generali* 34. §. *Inter privignos ff. de Rit. Nupt.* At negat Lex Dei *Levit.* 18. *vers.* 11. quod ego, *pergit*, omnium primus observavi, ex novis versionibus Tremellii, Junii, & quem jure nomino, Johannis Piscatoris, Theologi Herbornensis longè clarissimi, Collegæ antehac mei, & amici etiamnum reverenter colendi. Hæc ille. Cl. Wissembachius Auditor ejus, qui non facile à præceptoris sui sententiis recedit, eâ de re sic loquitur, *in disp.* 6. *ad Inst. th.* 30. *Equidem versiones Vulgata, Sanctis Pagnini, Vatabli, LXX Interpretum, Genevensium, Gallica, Italica Johannis Diodati, & Germanica Lutheri, adde, Belgica, facile evincunt, dictum versiculum* XI *de sorore comprivigna nequaquam intelligendum, sed de eâ, quæ est originis & cognationis paternæ. Verum quomodo admissâ hac paraphrasi evitetur tautologia (siquidem versu* 9. *idem matrimonium prohibitum putatur) nondum quisquam explicavit bene.* Et dein explicationes Hotomanni aliorumque refellit ut frivolas. Addit tamen se Linguæ Hebrææ peritos audire, quam suam de hoc loco sententiam exprimere malle. Quare se consuluisse super eâdem Quæstione, Reverendum Virum, *D. Johannem Coccejum*, Theologiæ & Linguæ Sanctæ Professorem eminentissimum, Collegam suum honorandum. *Adserebat is quoque*, pergit, *prædictum versum* XI. *de sorore comprivignâ non esse accipiendum, quoniam non sit cognata Patris: sed de filiâ patris, non quidem proxime & immediatè ex eâ natâ, sed quæ sit genitura parentis sui; sive ex matre tuâ, sive ex feminâ aliâ, veluti de filiâ, nepte, &c. fratris tui: idque ex ἀπαλλαγῇ textus demonstrari.* Non potest cuiquam probabile videri, Comprivignos, qui nec sanguine nec adfinitate conjuncti sunt, in quibus non habet locum paternæ imago necessitudinis, aut quicquam in nuptiarum prohibitionibus spectari solitum, esse prohibitos jungi matrimonio Lege divinâ. Habeamus igitur fidem consensui tot Interpretum veterum novorumque censeo, & Cl. Matthæo suam inventionem relinquamus.

I N-



INDEX RERUM

Quæ præcipuè tractantur & explicantur in hoc Opere.

exer-

Taxa-

I N-



INDEX

AUTORUM,

Quorum in hoc Opere censura auctoritas & opposita Juri Romano refertur ac refellitur.

B.

C.

Ejuf-

F I N I S.

ORATIO FUNEBRIS,

Recitata in Exſequiis

Ampliſſimi & Graviſſimi Viri,

ULRICI HUBER,

Supremæ Friſiorum Curiæ Ex-Senatoris; Juris-Conſulti Eruditiſſimi ac Celeberrimi:

A

CAMPEGIO VITRINGA;

SS. Th. & Hiſt. Sacr. Profeſſore.

A. D. XIII. *Kal. Dec. Anni* CIↃIↃCXCIV.



FRANEQUERÆ,

Apud LEONARDUM STRICKIUM,

MDCC.



QUæ subsit caussa, Audd. quod hoc ex Suggesto pullatus extra ordinem prodeat Orator; quod hoc in Templo, aliàs suavissimis resonante concentibus, ac lætantium jubilis atque adspectibus illustrato, mœsti nunc & defixi videantur vultus, submissæ vocis audiantur murmura, tristes canantur næniæ: Vestrûm nemo ignorat. ULRICUS HUBERUS, Jureconsultorum nostri temporis omnium Judicio maximus, præcipuum Ordinis Professorii hujusque Academiæ decus; Ornamentum Frisiæ Gentis; ipsius quoque Ecclesiæ, quod rarum est de Jureconsulto prædicari, lumen; Florentissimæ denique Familiæ suæ columen; Academiæ, Patriæ, Ecclesiæ, Familiæ suæ, acerbo atque inopinato fato ereptus est. Excessit enimverò in ipso vitæ robore & vigore, ætati ingravescenti hactenus probè constante; in ipsis Anni Academici auspiciis; vacivâ Antecessoris statione nondum suppletâ; dum ipse, summo flagrans desiderio juvandæ Juventutis æmulæ, in eo erat, ut summâ diligentiâ & duplicatis laboribus ad exemplum anni superioris hunc defectum pensaret. Quin immo excessit (advortite animum, Audd., ad arcana Divinæ Providentiæ moderamina!) quando tantum non magnam voti sui partem de dilectissimo Filio *Zacharia*, meritissimo Viro, ad Juris Professionem vocato, adsecutus erat; & antequam tamen ex illâ vocatione fructum partiendorum cum ipso laborum, mente verbisque sæpè præceptum, & ex fructu illo solidum gaudium, percipere potuit. Hujus Viri, quanti autem Viri! funus ad ipsum sepulturæ locum frequentiore comitatu prosequuti sumus. Hujus Viri Amplissimi exuvias modò terræ mandavimus matri, ab illâ devorandas usque ad gloriosam Christi Jesu apparitionem. O casum verè luctuosum & intempestivum, si quis unquam aliàs huic Athenæo accidit! O uberem luctus & lachrymarum materiam! O vanas mortalium spes & instabiles rerum mundanarum vices! Nullum mihi hic adesse scio Virum cordatum, cui Patriæ & Academiæ salus curæ sit; nullum hujus Almæ Doctorem, nullum Civem; nullum literarum & eruditionis, nullum veritatis & pietatis cultorem, quem ex tam gravi vulnere dolor animi ac perturbatio non dejecerit: immo nullum certus sum mihi hic hominem adfore, si bellum non gerat

cum humanitate; qui duro hoc atque inexſpectato fato majorem in modum non afficeretur, modò ὁ Μακαρίτης dignum Virtutibus meritiſque ſuis Præconem inveniret. Et utinam ſanè hoc ſaltem communi omnium dolori levamen accederet, ut hæc juſta Defuncti manibus ritè perſolverentur! Sed etſi illud, Audd., de more Academiarum ſit, ut qui publico in iis functi ſunt docendi munere poſt exceſſum parentali oratione celebrentur: quis tamen noſtrûm præſumat, ſe dôtes laboreſque Ampliſſimi illius Viri, cujus exceſſum lugemus, eâ ſermoniscopiâ, gravitate, & prudentiâ proſequuturum, quam rara illius merita, ſpectatiſſima hæc concio, & plura quæ in rem præſentem veniunt alia, hoc temporis articulo exigunt? Ego equidem tam vividâ tangor conſcientiâ tenuitatis ingenii mei meæque in dicendo infantiæ; & tam præclarè ſentio de Eruditione & Virtutibus Defuncti, ut ad hoc officium pro dignitate Perſonæ & rerum aliarum merito præſtandum me ineptum cenſeam. Ut HUBERUS per donum Divinæ mentis ſuprà cæterorum mortalium conditionem longè evectus fuit: ſic nil parvum & humili modo, nil vulgare, aut, ſi cum Poëta loqui fas eſt, mortale, in illius funere dicendum. Quin ut Livius in Ciceronis laudes perſequendas Cicerone laudatore opus fuiſſe ſcripſit; ſic ego ad imaginem HUBERI condignâ oratione depingendam, ipſo Huberi ingenio, ipſo Huberi ſtylo, opus eſſe dixerim. Quis præterea à Theologo, præcellentiſſimi Jureconſulti eruditionem prædicaturo, aliud expectet, quam ut illius laudes ingenii atque orationis ſuæ culpâ deterat? Et ſi fortaſſis τοῦ Μακαρίτου ingenium, virtutes, & mores, per intemeratam non exigui temporis conſuetudinem & non interruptum infucatæ amicitiæ commercium mihi clarius quam ulli Cll. Collegarum meorum alii perſpecta detectaque ſint, (quod non eſt, cur inficier aut diſſimulem:) ipſa tamen hæc jucundi illius commercii recordatio, nunc cum acerbi conjuncta ſenſu doloris, facit, ut hic magis hæream, quam quilibet Ordinis mei Virorum alius. Cum enim HUBERUS omnibus quidem flebilis occiderit, ſed nulli ob arctam, quæ inter nos interceſſit, amicitiam flebilior, quam mihi: quis miretur, mentem, ſi quis illi aliàs vigor inſit, & quâ polleat acie, ſubitaneo hoc mœrore perculſam ac veluti obtuſam, ſibi vix conſtare ad amplam dicendorum materiam in ordinem digerendam, & digeſtam ornatis aptandam loquendi modis? Et ſi omninò ratio ſibi quomodocunque conſtet in digerendâ, quî ſpondeam conſtantiam animi in enunciandâ, & Linguam, reſuſcitato per orationem affectu, officium non negaturam? Quando tamen hæc juſta parentandi, tum ob pervulgatum politiorum Gentium hujuſque Athenæi morem, tum ob ſingularia Defuncti in rem literariam & hanc præcipuè Academiam merita, ab aliquo Ordinis mei Viro facienda erant; & ſpectatiſſima τοῦ Μακαρίτου Familia, conſentiente Senatu Academico, hoc Legis & Humanitatis officium à me cum benevolâ ſui affectus ſignificatione expetiit; & præterea ipſa ſuadebat, imo jubebat pietas, ut Amicus Amico, Friſius Friſio, ultimum hoc amoris honoriſque ſymbolum rogatus non negarem: hanc in me provinciam lubens volenſque ſuſcepi; ſic mecum reputans, præſtare, ut, de honoratiſſimi mei Amici Virtutibus qualitercunque dicendo & magna modis tenuando parvis, reverentiæ erga ejus manes & obſervantiæ, quâ ducor erga ejus

Familiam, ut par est, satisfaciam, quam ut, violatis pietatis honestatisque legibus, turpiter sileam. Nec dissimulabo, Audd. me partem quoque aliquam hujus meæ fiduciæ in Vestri posuisse judicii æquitate. Cum enim aliàs à meæ professionis hominibus non soletis expectare orationes ad artem numerumque compositas; tum dabitis aliquid scio hoc in casu tam justissimo mœrori meo, quam studiorum nostrorum diversitati, ut si Theologus Jureconsulti merita meis non exæquem dictis, ad illum tamen modulum ea severè non sitis exacturi. Adeste igitur mihi ad clepsydræ hujus intervallum æquis animis auribusque: Tu inprimis, Benigne Deus, præsta dicenti gratiam viresque necessarias, & quæ ab ipso mente concepta est dicendi materia, per Spiritum tuum converte in utilitatem atque salutem Auditorum.

Ortum Amplissimo Viro, ULRICO HUBERO, dedit hæc ipsa Frisia, in quâ sumus ac versamur; mea etiam, ob natalium communionem & Patriæ caritatem, Frisia, hoc tempore cultissimus ager, pratorum amœnitate & pecudum segetumque proventu cum optumis quibusque Orbis terrarum regionibus comparandus. Ut autem ingenia Populorum passim plurimum trahunt tam de cœlesti aurâ, quâ vescuntur, quam de solo in quo eduntur, quippe quæ opinio à mundi ortu omnium fere Gentium firmata est consensu: sic nemo mihi miretur, velim, ipsam hanc Frisiam nostram cum olim tum ab eo potissimum tempore, quo puriore Evangelii luce illustrari cœpit, enutriisse Gentem, quæ, probè exculta & asperioribus formata studiis, nobilitate indolis & præstantiâ munerum dotiumque naturæ nulli fortè alii politiori orbis terrarum populo cedat. Ne mihi, quæso, invidiam conflet oratio, Audd. quod Frisius hæc & majora alia de Frisiis prædicem. Ut enim mihi convenit de me modestè sentire, quod facio; sic nihil vetat meam de Gentis meæ ingenio existimationem, suo loco, occasione neutiquam adfectatâ, prodere. Ex Tacito intellexistis, Ornatissimi Juvenes, à Romanis olim in Frisiis agnitam celebratamque esse animi magnitudinem singularem, fortitudinem, & studium libertatis: quibus virtutibus ubi accedit moderamen exercitæ rationis, nihil imperviumest. Sed cum Frisii sæpè à Romanorum Præsidibus improbè exagitarentur, & indolis eorum ferocia intereà nullo ingenii cultu mitesceret, nullâ subigeretur disciplinâ; non rarò factum, ut solutis libidinis repagulis illa libertas ingenii in licentiam & feritatem degeneraverit. Quo tempore Carolus Martellus, & ejusdem tam Filius Pipinus, quam nepos Carolus ille verè Magnus, & Gloriosus Imperator, Frisios ad puriorem Dei Cultum perducere laborabant: damnant Historiæ in Frisiis pravi vetusti tenacitatem, magnamque animi obstinationem ac pertinaciam. Nec tanto tamen jure, quantâ cum specie. Etiamsi enim celebres illos Anglo-Saxones, Egbertum, Willibrordum, Switbertum, imo ipsum quoque Winfridum sive Bonifacium cum Aventino, quicquid alii obtrectent, sincero pietatis studio Frisiis meis ad Christum convertendis incubuisse facilè admittam: non miror tamen magnoperè, (etsi non excusem penitus:) Majores nostros in Christo cum tot fabulis & superstitionibus recipiendo, quot pura Evangelii veritas circa illa tempora adulterabatur, segniores fuisse. Et quid Frisios hic culpamus, cum Germani, cum Saxones, & quos Visurgis & Albis allunt Populi, hic Frisiis nihilo se præbuerint

rint faciliores; non tam fortè abhorrentes à jugo Christi, quam ab imperio Francorum Regum, quod libertati suæ adversum Septentrionales illi Populi per Novæ Religionis Sacra promoveri suspicabantur. Sed missa facio antiquiora illa secula, quorum non nisi mutilam habemus historiam. Tales amo Frisios meos, quales illos ipse hoc tempore in nobilioribus meæ Gentis Viris colo; honesti justique studiosissimos, rationis & sani amicos judicii, sententiis animi constantes, magnanimos, fortes, verecundos, servire suprà modum atque adulari nescios, nec scientiarum artiumque præclararum non capaces. Dicere enim quid vetat, ex Frisiis nostris impatientiâ laboris magis quam inopiâ facultatis pauciores ad illam in literis gloriam pervenire, quam Zuichemi, Hopperi, Gellii, Gemmæ, Popmæ fratres, Tejaræ, Ratalleri, Schotani, Amamæ, Winsemii, aliique plures, ingenii excellentiâ industriâque tum sibi tum Universæ Genti nostræ pepererunt. ut Groningano agro sua ornamenta, Rudolphum Agricolam, & Johannem Wesselum, & Gretano Ubbonem Emmium, præclarum Orientalis Frisiæ decus, relinquam. Quæ tamen in meæ honorem Gentis verecundè dicta ita à Vobis accipi nolim, Audd. ac si necesse admodum habuèrim HUBERIANI commemorationem decoris à natali solo, illi non modò cum bonis, sed & malis multis communi, repetere, & quorundam Gentilium nostrorum singularia merita in ejus referre laudes. Verè enim HUBERO plus debet Frisia ob celebritatem eruditionis & sapientiæ ejus, quam ipsa illi contulit per natales; tantumque abest, ut ex aliorum spoliis illi nectenda sit corona, ut contrà Principes Gentis nostræ Viros ipse illustrare possit, & cum triariis, Zuichemo & Hoppero, comparari debeat. Sed utile ducebam animos vestros per hæc auspicia parare mihique conciliare, ut quæ mihi de Virtutibus hujus Viri dicenda sunt tanto æquius reciperetis; tum etiam, ut si quæ ex merito in laudes ejus Vobis prædicare videar, ne indignaremini, hunc Virum aërem bibisse Frisiacum, quando eum cum tot aliis præclaris Viris communem habuit. In Frisiis autem hæc gloria debetur Doccumo, quod HUBERO nutricem subministraverit, olim quidem mercaturâ & Amplissimi Senatus, cui summa rei maritimæ cura demandata est; sede florenti. Nec indigna Doccumum hoc honore, Audd. si HUBERUM in Frisiâ nasci oporteret. Utique quo tempore Frisia nostra ferè tota immersa erat cimmeriis ignorantiæ atque idololatriæ paganæ tenebris, & Occidentales hujus Frisiæ nostræ incolæ Regibus propinquiores & addictiores salutarem Evangelii doctrinam superbè repellebant, Orientalis hic Frisiæ nostræ Tractus, ipse, inquam, hic Ager Doccumanus, portam reclusit Evangelio, & nuncios æternæ pacis salutisque per Christum obtinendæ, admisit. Hic Ager Bonifacium aliosque, sive jam Ecclesiæ sive Pontificum Romanorum Apostolos, excepit, qui hic doctrinâ, & miraculis quoque, ut fertur, claruerunt; quin ipso sanguine veritatem prædicationis suæ obsignarunt. Tu nobis, Ager Doccumane, jam olim dedisti celeberrimum illum sanctissimumque Ludgerum, Gregorii Trajectensis Rhenani Episcopi discipulum, Virum admirandi in rem Christianum studii, qui doctrinam pietatemque suam tam Carolo Magno, quam Præceptori sive Comiti ejus Alcuino, eruditissimo illius temporis Viro, singularem in modum probavit, & Doc-

Doccumanis suis convertendis non exiguam impendit operam. Imo Tibi debemus Gemmam Frisiæ decus, mathematum scientiâ suo tempore clarissimum; ne nunc alios memorem. Lumen ibi solis primò adspexit *ὁ Μακαρίτης* tertio Idus Martias, Anno Seculi XXXVI. honestis & se dignis ortus natalibus, qui si Patrem respiciatis ex Frisiis, si Avum, ex Helvetiis repetendi sunt. Patrem enim habuit Spectatissimum Virum, ZACHARIAM HUBER, Patronum caussarum literatum & solertem, mox functurum notabili Munere Dicasterii Dongriæ Occidentalis à Secretis, & ex eâdem illâ Diœcesi ad Amplissima Patriæ Comitia sæpius Delegandum; ob dexteritatem prudentiamque suam magnâ apud Prætorem illius Præfecturæ, potentem illo tempore inter Patriæ meæ Proceres Virum, Nobilissimæ stirpis, *Dominicum ab Aylua*, valentem gratiâ, & auctoritate apud alios. Mater illum utero exclusit SUFFRIDA JENSMA, ÆMILII JENSMA & JULIANÆ REEN Filia, Patriciæ utrinque in Gente nostrâ Familiæ. Avus autem illi fuit, HENRICUS HUBER, Gente Tigurinus, occasione Belli Hispano-Belgici in has delatus oras, qui ordines ducens militares sub auspiciis Belgarum, virtutis suæ specimina inter alios edidit in memorabili illo prælio Neoportensi Flandrico, in quo Belgicæ rei summa versa est, commisso inter Mauritium Principem & Archiduces Belgii Hispanici Gubernatores, Albertum Austriacum & Isabellam, ultimo seculi superioris anno; deinceps Peditum Centurio meruit sub Henrico Julio, Brunsvicensium Duce; unde rursus in Frisiam delatus ætatem ultrà annos LXXX produxit. Satis imaginum, ut opinor, Audd. Doctissimo Viro, qui absque imaginibus ullis se Familiamque suam nobilitare poterat & illustrare. Parens Defuncti existimans, ut res est, ingenia per severiores disciplinas castigari, & cupidinis pravi elementa animo eradi, ludo illum commisit literario, Doccumano primum, dein Leovardensi, è quo missus in Academiam. In priore nactus est Præceptores, Vigilantes Doctosque Viros, Wilhelmum Kiers & Johannem Vander Malen, hunc Ludi Doccumani Rectorem, illum Prorectorem. Leovardiæ Henricum Kolde, & Tobiam Guthberlethum, illum Gymnasiarcham, hunc Vicarium, ei post mortem in summâ Scholæ Recturâ succedentem; quorum Virorum, præcipuè Guthberlethi, cum doctrinâ tum vigilantiâ factum, ut Leovardense illud Gymnasium tum cum maxumè temporis floruerit, & fœcundæ matris instar complures culti ingenii adolescentes ediderit. Primis autem pueritiæ annis ipsum tardiorem ingenio visum esse, idque demum naturæ involucris explicari cœpisse in Quartâ Classe Leovardensi, quis de magno hoc credidisset ingenio, nisi id ipse HUBERUS in duplici Commentario de Vitâ suâ, quorum alterum breviorem idiomate vernaculo ad hunc ipsum Annum ipsi fatalem perduxit, alterum prolixiorem Filio dictare cœperat, pueritiæ solummodò & primorum Annorum Academicorum historiam complexum, scriptum reliquisset. Nec tamen id in Defuncto nostro miremini velim, tanquam quid adeo singulare & insolens, ut idem in aliis maximis Viris observatum non sit. Erasmum communis fama, per matres familias ad spem suam de pueris infelicioris ingenii cum specie sustinendam diligenter propagata, fert primis pueritiæ annis tardissimos in literis addiscendis profectus fecisse, idemque passim à

Doctis

Doctis quoque creditum traditumque fuit, antequam Vir quidam ævi nostri Eruditus, Erasmi Gloriæ studiosissimus, id solidis argumentis falsi convicerit. Certius id fortè prædicatur de celeberrimo sectæ Scholasticæ Philosopho, Alberto, quem *Magni* deinceps nomine decorarunt, & egregio illo Hispano, Joanne Ludovico Vives; etsi quid vetat dicere tam hos quam alios, qui huc adduci poterant plures, non tam indolis, ut videtur, quæ semper eadem, quam regiminis vitio ingenium tardius explicasse. prorsus ut Clarissimo inter Græcos Oratori Demostheni accidisse, tradit Plutarchus. Difficile puerorum regimen esse Seneca verè dixit, & quis non præter Senecam? Omnium mortalium mentes medicinâ egent, sed pro indolis diversitate variâ, quæ nisi dextrè à Præceptoribus & Pædagogis applicetur, non juvatur ingenium, sed corrumpitur. Quare quantum momentum situm sit in Præceptoribus & Pædagogis, si Magistratus Urbium rectè semper intelligerent, majore advigilarent industriâ, ne malos & ineptos, quod nunc sæpè fieri dolemus, ad hujusmodi munera gerenda unquam admitterent, bonos benignius foverent & lautius honorarent. Fallor, Audd. aut hæc aliæque rationes HUBERI ingenium in pueritiâ suppresserunt, & veluti retuderunt. Nimirum, cum ipse in primis hæreret Latinæ Linguæ rudimentis & Parens ejus cum novâ dignitate Domicilii sedem mutaret, Ludimagistorum Doccumanorum subductus disciplinæ, Pædagogo pagano informandus datus est: mox iterum reductus Doccumum in contubernium Rectoris; inde post sesquiannum à Rectore durius habitus Leovardiam missus: per quas mutationes quis effectum esse miretur, ut ignea vis mentis suis cineribus citius evoluta non fuerit? In Leovardensi autem Gymnasio, naturâ suos jam aperiente recessus, tantos quadriennii spatio profectus fecit, ut quinto decimo ætatis anno Latinæ Græcæque Linguæ cognitione ritè instructus, Scholasticum pulverem excutere meruerit. In Græcis quantum jam tum profecerit, inde Vobiscum reputate, quod Græcum Novi Fœderis Instrumentum ad Libri aperturam in Linguam Latinam exprompte converteret; & non modò in solutâ, sed & ligatâ oratione Latinâ, quod sesquicentum Psalmos Davidicos, diverso singulos metri genere, proprio marte expresserit, viam in utroque studio præeunte Guthberletho. Miramini nunc, Audd. ingenii celeritatem, qui modò tarditatem. Quotusquisque enim adolescentum, qui è disciplinâ Scholasticâ ad Academias mandantur, cum his paria faciat? Scilicet ut limpidæ fontis aquæ, reclusis meatibus, majore impetu foras prorumpunt; ut ignis, occultis delitescens venis, per vim aliquandiu suppressus, flammas subitò concipit majores; sic HUBERI ingenium, ex carceribus missum, quibus aliquandiu detentum fuerat, concitatiore gradu properavit ad metam. Nec tamen Prudentissimo Parenti consultum videbatur, Filium, licet sublimiorum Institutionum jam capacem, ad Academiam illico ablegare; quin potius illum per semestre integrum recoquendum dedit Rev. Viro, Johanni Nisenero, Pastori Hallumano, quo tum Græcæ Linguæ cognitionem, subacto Hesiodo, notabilibus incrementis auxit, tum novarum scientiarum, Dialecticæ nimirum & Hebrææ Linguæ, fundamenta jecit. Etsi eodem hoc anno, quando non amplius erat in potestate Parentis vota Filii, ad altiora anhelantis, diutius morari, illum nomen suum inter Franekera-

keranæ hujus Almæ Cives profiteri passus sit, quindecim tum annos & menses natum septem: rem Academicam moderante Cl. Viro, Bernhardo Fullenio, Mathematum Professore doctissimo, ejusdem illius Bernhardi Fullenii Parente, quem excellentem hac Scientiâ Virum, & conjunctissimum Collegam nostrum, Senatui Academico hoc ipso Anno Præsidentem contuemini, quo illius deploramus obitum. Advortite animum, obsecro, ad hunc Divinæ Providentiæ lusum, sexcentis exemplis similibus ex Historiâ illustrandum, nisi nos clepsydra ad longè majora & graviora vocaret. Studiosum nunc graviorum disciplinarum habetis HUBERUM, Audd. sed verè Studiosum, non aleæ & crapulis, non otio, & quæ otium comitari solent, vitiis ac libidinibus indulgentem, sed assiduis laboribus & vigiliis in multam noctem ductis ad culmen illud summæ eruditionis, quod illum tandem consecutum vidimus, contendentem. Sciebat ὁ Μακαρίτης, Naturam nil tam altum constituisse, quo virtus, Deo juvante, non possit eniti: sed simul intelligebat, arduam illam, impeditam, paucis notam, paucioribus tritam esse viam, quæ ad Sapientiæ Sacrarium ducit; ad quam quærendam, magno studio; calcandam, circumspectione opus sit & constantiâ. Quare quod Cicero frequens laudare solebat dictum, Αἰὲν ἀριστεύειν, καὶ ὑπείροχον ἔμμεναι ἄλλων; HUBERUS noster in universâ vitæ ratione altè sibi inhærere demonstravit, nihilque reliquit intentatum, quo olim magnis major, maximis par esset. Primum studiorum Academicorum annum impendit Propaideuticis, Philosophiæ, Historiis, Linguisque Eruditorum, Latinæ, Græcæ, imo & Hebraicæ excolendis; etsi hujus deinceps ob graviora studia Civilia, & rariorem in illis usum, minorem rationem habuerit. Philosophica ejus studia moderatus est Nicolaus Amama, Sixtini nostri celeberrimi Filius, cui, Philosophiæ Candidato, concessum erat Scholas aperire domesticas; vigente tum in Academiâ hac genere quodam Philosophiæ inter Aristotelicam & Cartesianam medio; *cui tantum dein adjecisse*, ipse scribit, *quantum ad animi sui sententias comparare posset, alienus semper à longioribus & abstractioribus ejusdem* (Cartesianæ) *Philosophiæ meditationibus; inprimis cum animadverteret, usum ejus doctrinæ in disciplinis, quæ res utiliter & populariter tractant, in quod omnis sapientia desinere debet, esse alienissimum.* Quod ejus judicium mihi equidem non multum distare videtur ab eo Sapientissimi Græcorum Socratis, quippe qui neglectis subtilioribus contemplationibus Metaphysicis, primus Græcorum illam docere cœpit Philosophiam, quæ usum habet in commercio vitæ; quid bonum vel malum, quid factum oporteat necne, indagans. Γνοὺς δὲ, ait Laertius, τὴν φυσικὴν θεωρίαν μηδὲν εἶναι πρὸς ἡμᾶς, τὰ ἠθικὰ φιλοσοφεῖν ἄρξαι. In Historiis publicè audivit docentem Cl. Virum, Dominicum Acronium, cum Linguæ Latinæ Græcæque vix ulla tum temporis à Professoribus haberentur Exercitia Domestica; sive quod ipsi in obeundo hoc munere suo minus adsidui fuerint, sive quod Studiosi, quorum scilicet multi vanâ de se præsumptione id se dudum consequutos esse opinantur, à quo quam longissimè absunt, illa Exercitia tanquam inferiora adspernarentur. Ὁ Μακαρίτης tamen, tam suæ conscius facultatis quam persuasus de summâ horum studiorum necessitate, quod ordinariâ hac negabatur viâ per aliam sectatus est, conjunctis studiis

diis suis cum tribus aliis optumæ spei rectique ingenii Juvenibus, ***Abrahamo de Grau, Daniele Nisener, & Johanne Isenbergio***: quorum ille deinceps Mathematum in hac Academ.â Professor claruit, cum Defuncto ad extremum vitæ conjunctissimus, hi Ecclesiæ dicati Ministerio Juvenes fatum impleverunt suum; Nisenerus quidem Hindlopensis Ecclesiæ Pastor, Isenbergius autem ejusdem Muneris sacri Candidatus. Interpretabantur in illis Exercitiis Homerum cum reciprocâ censurâ, incredibili cum fructu; dum interea ipse privâ diligentiâ probatos Auctores Latinos diurnâ nocturnaque manu versabat. Quando autem à Parente Juris studio destinatus erat idemque perpetuò in oculis gerebat, proximo abhinc anno illud cum iisdem hisce Linguarum & Historiæ Exercitiis conjungere cœpit, sequutus consilium, simul se tum committens disciplinæ Celeberrimi Antecessoris, Jacobi Wissembachii, ut & Collegæ ejus, Doctissimi Viri, Gulielmi Cup, quorum eruditio illo tempore à frequentissimo literatorum Juvenum cœtu, Franekeram undique confluentium, colebatur: à quorum (inprimis Wissembachii) ore & judicio cum per biennium summâ usus diligentiâ pependisset, textu Justinianæo cum Græcâ Theophili Versione industriè comparato; simul disputando de gravissimis Juris materiis acumen doctrinamque suam omnibus probasset magnamque sui in futurum spem fecisset, Trajectum concessit ad Rhenum, motus celebritate nominis Eximii Jureconsulti, Antonii Matthæi; quem cum Pandectas explicantem audivisset ad Librum usque decimum nonum, fato sibi doluit ereptum; reliquo anni illius Academici spatio gravisus institutione Cl. Juris Antistitis, Cypriani Regneri. Tu tamen macte studiis illis tuis Trajectinis, Docte HUBERE, quando Tibi Deus ibidem majus destinavit bonum, quam quod sectabare. Nostis, Audd. quotquot prorsus rudes non estis disciplinæ Evangelicæ, neminem admitti ad communionem bonorum Regni Dei; nulli in doctrinâ Christianâ spem fieri æternæ salutis per Christum impetratæ, nisi renato in novum hominem per efficacem Spiritus S. gratiam. Nostis, atque utinam experti intelligeretis omnes! Spiritum Sanctum, magnum hoc gratiæ opus in peccatore molientem, cum vivido miseriæ sensu profundam in mente excitare humiliationem coram Domino; simul, ne tristitia in desperationem vertatur, animo exhibere infinitas Divinæ Gratiæ opes in communione Dei per Christum repositas; tum porrò producere flammas ardentissimi amoris, quibus mens ad Deum in Christo fertur rapiturque, & quâvis aurâ it velocior, cum constante & infucato sanctimoniæ studio; atque ita tandem animam, quæ mundo, quæ cupiditati, quæ sibi addicta erat & serva, veluti prædam diaboli ereptam laqueis, in suam transponere communionem, suæque & veræ vitæ, per Spiritum jugiter animandæ, participem facere. Etiamsi verò HUBERUS puer & adolescens, moribus ornatus egregiis, hactenus se in regimine vitæ castè, modestè, temperanter composuisset: sæpè tamen mihi prædicavit ὁ Μακαρίτης ad laudem immensæ benignitatis Divinæ, idemque in Commentario Vitæ suæ cresâ notavit, hujus se beneficii Evangelici cum mirificis Divinæ gratiæ sensibus animique sui commotionibus, in solidum demum compotem evasisse sub exitum hujus, & in initiis Anni sequentis: idemque nos, in hac Civitatis Academicæ Panegyri, ad sum-

summam ejusdem illius Divinæ gratiæ laudem ut prædicaretur, consultum duximus. O rem verè admirandam! Jurisprudentiæ Studiosus illâ ætate, quâ arrogantia, luxuria, & libido regnum obtinent, externâ nullâ afflictus aut coërcitus disciplinâ, à Deo intromittitur in intima penetralia suæ communionis, quibus Theologi multi excluduntur! Adeste mihi hic, Juvenes Nobilissimi, quotquot Juris studio consecrati estis. Discite ex hoc exemplo, quam sibi vera pietas, quam sibi Divina Gratia optumè cum his literis constet; utique scitote, cœlum nulli mortali, sive Jureconsulto, sive Theologo, recludi nisi per eandem hanc gratiam, quam qui hac in vitâ consequutus non fuerit, dira illum manet atque æterna nox, nullis radiis lucis interpuncta. Multa, quando in his erat ὁ Μακαρίτης, apud me prædicare solebat in laudes cum aliorum Academiæ & Ecclesiæ Trajectinæ illius temporis notissimorum Luminum, tum inprimis Divinorum Virorum, Lodesteynii & Bogarti, vigilantissimorum & fidorum illius Ecclesiæ Pastorum. Hi, quod multi nomine præferunt, re ipsâ præstabant. Adsidui in eo erant & indefessi, ut necessitatem gratiæ, per fidei, resipiscentiæ, & sanctimoniæ viam obtinendæ, ad omnium mortalium conscientiam demonstrarent; magisque laborabant illud Regnum Antichristi destruere, quod prædominans in animis omnium hominum, quotquot per gratiam Spiritus renati non sunt, bellum gerit cum Regno Christi, quam quod in Papismi tyrannide ac sævitiâ conspicuum est; quorum duorum concionandi generum illud homines ducit ad humilitatem & pœnitentiam, hoc illos plerumque inflat vanâ opinione & præsumptione sui, acsi tanto Pontificiis essent meliores, quanto verè non sunt, & nihil in ipsis vitii emendandum restaret. Vela contrahere jubeor, Audd. & cætera majore festinatione persequi. Trajecto in Frisiam redux Defunctus denuò per integrum anni spatium operam dedit Wissembachio, cui ex omnibus suis Præceptoribus plurimum debuit. Inde jam Juris & Humaniorum literarum scientiâ longè supra ætatem subactus; intelligens, nihil æquè ad poliendum ingenium & instruendum judicium, modò facultas adsit, conferre ac peregrinationes, veniam à Parente impetravit florentissimas illo cum maxumè tempore Germaniæ Academias visitandi. Quare habitâ eodem istoc anno LVI. auspiciis Cl. Wissembachii Disputatione publicâ de *Actionibus bonæ fidei & stricti juris*, ne sine novo eruditionis ac suorum in Jurisprudentiæ studio profectuum testimonio Patriæ valediceret Academiæ; Junio mense se Marpurgum contulit, Peregrinationis illius & studiorum sociis gavisus de Frisiæ Nobilitatis flore, egregiis Juvenibus, *Idzardo à Douma*, *Laesio à Burmania*, & *Dominico Loo*, splendidissimis deinceps muneribus in Patriæ commodum perfunctis; de Patriciis Groninganis, *Lamberto Coehoorn*, & *Joh. Sande*; quibus accedebant Ornatissimi Viri, *Regnerus Hachtingius* & *Petrus Adriani*, in magnam Ecclesiæ spem excrescentes; quos dudum omnes fatalis urget sopor. Marpurgi postquam trimestre spatium exegerat, Heidelbergam concessit; Heidelbergam, inquam, Germaniæ Paradisum, amœnissimam Musarum sedem, Religionis nostræ nutricem; post pacem Germaniæ redditam Religioni Musisque restitutam, & curâ prudentissimi Principis, Caroli Ludovici, tum temporis excellentium Virorum ingeniis laboribusque illustrem, sed funesto hoc bello stupen-

do Dei judicio & hostium furore penitus adeo subversam atque excisam, ut priscorum illius ornamentorum vix rudera ulla & monumenta supersint. Exulant inde Musæ, exulat Religio, quin imo ipsi exulant Cives; tristis ibi pavor, & horrenda imago mortis. Gradum ibi Doctoræ in Jure capessivit ὁ Μανγείμις circa idem ferè tempus, quo, annum nunc agens vigesimum & primum, absens Historiarum & Eloquentiæ Professor in hac Academiâ designatus est, ad seriam commendationem cum Academici Senatus, tum imprimis Ornatissimorum illius Membrorum, *Schotani*, *Wissembachii*, & *Matthæi*, adhuc superstitis. Unde quantum jam tum de ejus eruditione & aptitudine opinionem conceperint omnes, me tacentè, faciliè intelligitis. Nec tamen illud præcipuum est, quod hoc in casu singulari equidem & notabili Vos admirari velim. Rarius mihi illud ac majore admiratione dignum videtur, quod illâ ætate, quâ mortalium animi ambitione turgere solent atque arrogantiâ, tantâ fuerit modestiâ HUBERUS, ut Parenti in literis de Professione mentionem injicienti rescripserit, nec illam se spartam ambire, nec sibi ut conferatur commodum censere. Nempe quod Veteres rectè dixerunt; Ἀμαθία μὲν θράσος, λογισμὸς δὲ ὄκνον φέρει. Ut tamen fama gloriaque fugientem sequi & assequi solent, major habita est ratio meritorum quam modestiæ ejus: ut adeò honorificum hoc munus, cui Doctorum judicio par habebatur, in ipsum collatum sit, hac singulari adjectâ conditione, ut, si vellet, licitum illi foret tempus peregrinationis per semestre spatium protrahere: quam tamen Dominorum indulgentiam ita illum interpretari docuit Wissembachius, ut rem faceret sibi atque Academiæ utilissimam, si primâ quaque occasione se ex Germaniâ in Frisiam ad spartam hanc suam exornandam reciperet. Defunctus noster hac usus est moderatione, ut tempus peregrinationis ad trimestre spatium contraxerit, Heidelbergâ se conferendo Argentoratum, liberam tum quidem illam & inter reliquas Germaniæ Urbes altè caput exerentem, sed nunc pariter gementem sub imperioso Galliarum Regis jugo. Instructus ibi est ad prudentiam & conspectiorem eruditionem per convictum & commercium Viri longè Celeberrimi, Joh. Henrici Boecleri, cujus doctrina circa illam tempestatem universam illustrabat Germaniam. Unde in Frisiam redux muneri demum suo inauguratus est Novembris mensis die ultimo: nempe ut hoc lumen eodem mense dici posset ortum, quo extinctum est. Doctorem nunc videtis HUBERUM, quem modò discipulum, nec Doctorem tamen, qui ad hoc institutionis munus inexercitatus accessit. Præluserat enim jam ὁ Μανγείμις huic vitæ professioni, cui illum Divina destinaverat Providentia, per Institutiones familiares, quibus animi & honoris caussâ, absque ullo emolumento, peregrinationis suæ socios, tanquam Collegii illorum Præses, exercuerat.

Ego verò nescio, Audd. quis mea nunc membra insolitus corripiat motus; quando HUBERUM in hoc theatrum perduxi, in quo Personam suam tantâ cum laude ad ultimum usque vitæ halitum gessit, ut omnibus sui injecerit admirationem. Imo verò quicquid de vigiliis, laboribus, assiduitate ullius diligentissimi Professoris præsumere potestis, illud de HUBERO nostro multò adhuc velim cogitetis majus & amplius. Otium ille sanguine viperino vitavit cautius, &

& commoda Juventutis Academicæ tam incredibili promovit zelo, ut aliquando omnes diei horas à matutina sextâ ad vespertinam octavam (solâ undecimâ prandii exceptâ:) privatis publicisque Exercitiis, sive Collegiis, quæ vocant, impenderit; cujusmodi raræ diligentiæ exemplum an ab ullo unquam Professore in Academiis editum sit, hactenus exploratum non habeo. Quo minus mirandum, tum Magnificos Academiæ Patres, quo currenti calcar & ad majora animum adderent, Facultatem concessisse Jus privatim docendi, tum Collegas Professores liberis suffragiis Rectorem Academiæ creasse, anno ætatis ejus vigesimo quarto; raro exemplo, ut rara in HUBERO omnia: quam dignitatem dein iterum tertioque gessit. Intensissimi tamen hi labores non prohibuerunt, quo minus de prole procreandâ cogitaverit, electâ sibi post exactum in munere primæ Professionis biennium vitæ Sociâ, Virgine ab ingenio, formâ, studio virtutis, & Familiâ, commendatissimâ; *Agnete Althusiâ*. Parens illi *Hermannus Althusen*, Cohortis Pedestris Embdæ Urbis Centurio, sive Capitaneus; Avus, *Vir Illustris*, ut illum Emmius vocat Historiographorum nostræ Gentis celeberrimus, *Johannes Althusen*, qui primò Professionem Juris in Almâ Herbornensi, & Steinfurtensi, magnâ cum dignitate sustinuit, dein pari prudentiâ Reipublicæ Embdanæ à Consiliis fuit; ad Lugdunensem quoque Cathedram, sed frustrà, invitatus; ejusdem Emmii judicio, *Doctrinâ, virtute, fide singulari, plane eximius, & ingenii sui monumentis æternum victurus.* Nec minor illi ab alterâ stirpe gloria. Quæ enim illam egregia ediderat Mater, Maria Felicitas Rumpf, Magni & ipsa fuit soboles Parentis; Expertissimi nimirum & Gravissimi Viri, Christiani Rumpf, Serenissimi Regis Bohæmiæ, Friderici Palatini, & Gloriosæ atque immortalis memoriæ Principum Arausiæ Fratrum, Mauritii ac Friderici Henrici, Archiatri; Dominis hisce Patronisque suis carissimi. Quantum verò HUBERO nostro ex Professorio munere laboris, tantum ex hoc conjugio cepit voluptatis. Amabat & amabatur, quo nil natura dulcius habet. Deditque illi fœcunda mater duo pignora amoris, Zachariam & Hermannum: quorum *Hermannum*, Ordinibus Frisiæ à Secretis & Senatui Urbis Leovardensis à Consiliis Juridicis, Amplissimum Spectatissimumque Virum, qui prudentiæ virtutisque Parentis sui hæres, cum non minore suo honore & existimatione quam Frisiæ nostræ commodo, publicæ rei invigilat, dolore afflictum hic coram habetis; Zacharias, de cujus ingenii docilitate admiranda prædicantur, sexennis puer peste extinctus est; novoque rursus comprobavit documento Senecæ illud ad Marciam: Ingenia, quò illustriora, eo breviora. Sed ut in humanis solidum gaudium nullum æquabile & diuturnum est, sic placuit Arbitro Universi Deo felicis illius & raræ concordiæ matrimonii vinculum solvere post tres annos & novem menses; à quo tempore ipse quoque Defunctus noster, etsi nunquam muneri suo majore vacaverit industriâ, biennium integrum cum infirmâ valetudine conflictatus est. Verum, quod in naturalibus quandoque cum successu tentari dicitur: inde medicinam petiit, unde origo mali. Per labores, secundum præscriptum Plutarchi de Diætâ hominis Literati, dispellere studuit morbum, quem ex laboribus contraxerat. Nec defuit huic conatui Deus, qui laborantes amat juvatque; otiosos ut sui dissimillimos,

 limos,

limos, Hesiodo jam olim canente, odit. Illorum annorum vigiliis debemus eruditam Dissertationem de ætate Assyriorum, quâ adversus Usserium Armachanum, aliosque maximos nostri temporis Viros, de Originibus Imperii Assyriaci & Medici disputat: refutatâ sententiâ novâ, quæ Assyriorum Imperio in Oriente quingentos admodum annos dat, nixâ auctoritate Herodoti; adstructâ communi, quæ iisdem Assyriis ante Medorum in Asia dominationem annos dat mille & trecentos, auctoritate Ctesiæ Cnidii, & qui illum sequuntur, Diodori Siculi, Justini, aliorumque. Perspicitis, Audd. ex hoc specimine primo ingenium τ͂ Μακαρίτου, quod deinceps in omni studiorum suorum ratione, in omnibus Scriptis suis, clarissimè expressit. Improbabat, si quisquam alius, communes receptasque in sacris atque civilibus sententias sæpè absque ullâ ratione justâ negligi, substitutis novis, quæ magis quod novæ, quam quod solidis subnixæ sint argumentis, placeant. ΤΑ ΚΟΙΝΑ ΚΑΙΝΩΣ: hoc est, communes sententias, quantum pote, conservari, sed novis muniri argumentis, novis illustrari observationibus, volebat; illa nova optuma statuens, quæ nihil novant. Sed verò diutius quam par est Vos in his HUBERI primitiis describendis detineo, cum ipse multo citiore & celeriore gradu ad majora properaverit; Celeberrimo nempe Præceptori & Collegæ suo Wissembachio, fato cedenti circa annum Seculi Sexagesimum quintum, datus Successor, & Juri dehinc totus addictus, ad quod profitendum animus maximè propendebat.

Hactenus fortè utcunque Personam meam sustinui, Audd. Spectatissimi, quando de rebus captui meo accommodatis verba feci. Sed utinam eam nunc vel ad momentum mutare possem, vel dicendi hanc provinciam alii committere, quando mihi diligentiæ & laborum HUBERI *Jureconsulti*, cujus disciplinæ me juxta cum ignarissimis ignarum profiteor, rationem reddere convenit. Pretium enim Jureconsulto qui statuam Theologus? Labores ejus qui recensebo, quorum plerorumque argumenta à me non intelliguntur? Magis tamen hic hærerem, Audd. si de ignoto apud Vos homine & obscuro dissererem Auctore. Sed nunc, cum de HUBERO diceram, omnium & communis de Ampliss. Viro existimatio mihi quodammodo succurrit. Nullus, opinor, nostri temporis homo negat, Defunctum nostrum per eandum illam diligentiam assiduitatemque, quam modò prædicabamus, hoc est stupendam & fide majorem, junctam cum summâ mentis solertiâ, tantam sibi in Jure antiquo novoque comparasse scientiam, ad tantam pervenisse celebritatem famæ, ut non inter maximos, sed maximus ipse nostri temporis Jureconsultus habitus cultusque sit: in quo communi judicio Doctorum & indoctorum, cum nihil eo majus & excellentius quod ad hanc rem à me prædicari possit in HUBERI laudem, facilè patiemini ut acquiescam. Faciam solummodò, ut ne labores, quos per hos undetriginta annos in Doctissimis Scriptis elucubrandis posuit, & honores, qui illos continuò interceperunt, à Vobis ignorentur. Primis quidem Juridicæ Professionis annis magnâ curâ elaboravit in Disputationibus Juris Fundamentalibus, per modum amplissimi Commentarii ad Institutiones & fere in locis parallelis etiam ad Pandectas Justinianæas, quibus tum materias Juris cujusque Rubricæ Justinianææ solidè pertractavit, tum in disquisitiones amæniores, ad Humaniora

Juris

Juris illustranda comparatas, digressus est. Quod opus licet eximium & à Prudentiæ Civilis consultis avidissimè exceptum, Defunctus noster tamen non perduxit nisi ad tertium Justinianæarum Institutionum Librum, sumpto consilio illas suas curas in duas distribuendi partes, quarum altera merè Juridica, altera sola complecteretur Humaniora. Illa sub Prælectionum Juris Romani & Hodierni; hæc sub Digressionum Justinianæarum titulo deinceps lucem adspexit; eruditissima opera, verè latura ætatem, & famam Huberiani nominis ad seram propagatura posteritatem. Iisdem hisce primis Juridicæ Professionis annis emisit Dissertationem de *Liberationibus*, ad elucidandam Doctrinam Evangelicam de Satisfactione Christi, Doctis quibusdam Pannoniis, id ab ipso efflagitantibus, dictatam, quæ plausum meruit Eruditorum, &, quod mihi constat, HUBERO nostro singularem existimationem atque affectum Celeberrimorum quorundam Theologorum conciliavit; quin & ad majores honores aditum struxit. Honorum illorum repetendus est ordo ab anno seculi LXX, quo primum ad Jus in Academiâ Belgii nostri primariâ, Lugduno Batavâ, docendum, honorificis conditionibus invitatus est: quam nihilo minus vocationem gravissimis de causis recusavit, certum habens secumque statuens Patriæ suæ, Almæ Eruditionis atque industriæ nutrici, se non subducere, sed ad mortem usque, quod fecit, inservire. Quo generoso consilio Illustres Patriæ atque Academiæ Proceres usque adeo sibi devinxit, ut illum mactaverint titulo Professoris Juris Primarii; simul illi detulerint Professionem Juris Publici, cum spectabili honorarii annui auctario. Sic suos virtus, sic eruditio beant cultoris, dum mali pigrique sibi obstant ipsis. Vos tamen, Audd. ex hoc colligite specimine, quantam sibi HUBERUS noster jam tum pepererit celebritatem nominis, quod Prudentissimi Patres Almæ Lugdunensis illum tantum non triginta & quatuor annos natum, ambiverint: Magis tamen inde, quod hac repulsâ non deterriti eandem hanc vocationem iterum tertioque repetierint, amplissimis identidem pro Viri merito & rei Academicæ momento oblatis conditionibus. Sed quanto Batavi magis ut illum haberent allaborabant, tanto id Frisii egerunt magis ut retinerent, novis excogitatis præmiis & honoribus, quibus illum sibi obstrinrent. Cujus generis primum fuit, quod favore Celsissimi Nassaviæ Principis Casimiri, cujus ut magna est animi generositas sic infinita extant in literatos merita, ab Academiâ in Supremam Frisiæ Curiam Juridicam, quæ dignitas mea in Patriâ in honorificentissimis censetur, evectus sit. Alterum, quod idem ille Celsissimus Princeps & Proceres illum, post triennium illâ in dignitate summâ cum laude & fructu exactum, ex Curiâ denuò transtulerint in Academiam, ut ibidem ad exemplum summorum in Athenæo Lugduno-Batavo Virorum, (*Exsenatoris* tamen Titulo & nomine,) à Publicis Lectionum Exercitiis liber, *honoris caussâ* ageret, consulentibus de Jure responderet, idque commodo Publico doctissimis Scriptis pro virili illustrare pergeret, decreto illi annuo bis mille Carolinorum & primo in Senatu à Rectore loco; simul Primogenito Filio *Hermanno* promoto ad spectatissimam dignitatem Ordinum à Secretis, merita tamen dotesque Viri non excedentem. Sic demum Eruditioni, sic virtuti suum statutum est pretium. Certè etsi Princeps Casimirus, etsi Proceres

Pa-

Patriæ meæ multa in commodum Reipublicæ præclarè & laudabiliter egerint: nescio tamen quid magis unquam fecerint se dignum, quodque majore plausu à cordatis omnibus exceptum sit. A studiis literarum, si Domini mei rem secum rectè reputare velint, dependet salus & decus Gentis; studia autem honoribus præmiisque aluntur & accenduntur: quæ si absint, frigent. Nolim tamen, Auditores; nolim, Juvenes, quotquot hic adestis, ut oculi Vestri his fulgoribus honorum nimis præstringantur. Credite mihi, multo difficilius est magnis honoribus dignum se paremque præstare, quam ad illos qualicunque viâ pervenire: ut famam tueri difficilius quam acquirere; etsi imperitioribus rerum fortè secus videatur. Et nescio sane cujus fuisset tantos honores laboribus compensare paribus, quam HUBERI. Utique quis secum absque admiratione repetat, quot à primâ vocatione Lugdunensi ad fatalem vitæ horam eruditissima elucubraverit Scripta, præter Exercitia domestica, per maximam solidi diei partem trahenda? Videntur omninò mihi animi ejus ab eo potissimum tempore crevisse, ac si tum demum rectè intelligere cœpisset, se ad magna natum esse. Annus seculi Septuagesimus Secundus primum dedit specimen de *Jure Civitatis*, novâ ratione & exemplo laudabili exhibens puram & solidam Juris Publici doctrinam à *Politicâ* penitus distinctam; deinceps bis recusum, magnisque locupletatum accessionibus, inprimis ut hoc ipso Anno fatali eleganter exiit in lucem. Biennio post prodierunt *Digressiones in Humaniora Juris*, quarum argumentum in superioribus circumscripsimus, denuo subjectæ typis, alteràque parte, ut & *Dialogo de Ratione docendi discendique Juris*, auctiores; nunc ferè ante septennium evulgatæ. Altero post biennio natus est elegans Tractatus Juridicus, speciali mandato Nobilissimæ Familiæ Cammingana conscriptus, quo tuetur ejusdem Illustris Familiæ jus Hæreditarium in Amelandiam, è regione Litoris Frisici sitam insulam, contrà illos, qui Jure Feudi Cæsarei dependentis ab Imperio Germanico hanc insulam aggredi & occupare conabantur. Annus LXXVIII protulit *Prælectionum ad Institutiones Justinianeas* Tomum primum, unà cum *Positionibus ad Institutiones & Pandectas*, quarum hæ deinceps iterum tertioque typis descriptæ. Annus LXXXII, quo Defuncto nostro nova apud Academiam otia facta sunt, dedit nobis *Auspicia Domestica*, hoc est, cum Orationes elegantes tum Collationes eruditas, quibus Amplist. Exsenator Scholas suas Academicas denuò aperuit: præter *Vindicias Juris Amelandici*, quibus denuò antiquam hujus insulæ Libertatem, Romanâ nunc linguâ, adseruit, quod ipsi negotii dederant Generosissimæ Barones Swartschenburgicæ, novissimi Amelandiæ Domini Hæredes. Quæ post biennii interstitium excepit *Jurisprudentia Frisica*, vernaculo idiomate complexa Jus Frisicum cum Romano collatum, & exemplis Fori hodierni illustratum: idque post alterius biennii intervallum Opus majus, quod *Jurisprudentia Hodierna* inscriptum duobus tomis majore forma in lucem exiit; æterni usus, cum nullo illius generis alio comparandum: fructus vigiliarum & observationum illius triennii, quod apud Curiam egit Leovardensem. Sequens Annus præter repetitam *Digressionum* Editionem novam dedit tersioremque Editionem *Prælectionum ad Institutiones*, cum duobus aliis tomis *Prælectionum* ad

ad Pandectas, qui Commentarii instar in omnes Pandectarum Libros Juris disciplinam totam illustrant. Aures Vestræ mihi jam gravari videntur, Audd. nec pluribus capiendis esse. Vos nempe citius fatigamini titulis Librorum compositorum commodo vestro excipiendis, quam ὁ Μακαρίτης in illis elaborandis. Ergo ne patientiæ Vestræ pluribus molestus sim, habete brevibus, Anno LXXXVIII emissum esse Tractatum de *Fœderibus & Testamentis*, quo nobilissimas illas materias, in quibus Evangelicæ Doctrinæ cardo vertitur, ex Juris disciplinâ illustrare laboravit: Post lapsum autem inde quadriennium Tomos tres, quibus Universam *Historiam Civilem* à Mundo condito usque ad hujus seculi medium summo descripsit judicio. Quibus nunc tandem omnibus accedit vastum illud Opus *Disputationum Eunomicarum*, cui immortuus est, ad Legum Romanarum auctoritatem rationalitatemque à Doctorum censuris aut cavillis vindicandam, comparatum, quarum Ille anno superiore inauditâ usus diligentiâ dederat triginta; acsi jam tum præsensisset, ob instans fatum solito sibi magis festinandum esse. Quos jam Libros plerosque si ex communi famâ & Doctorum judiciis intellexeritis elegantiore stylo, quæsito rerum delectu, & magnâ arte atque eruditione elaboratos: quis Vestrûm mecum hoc diligentiæ exemplum non stupeat, & hunc demum non judicet Virum tot dignum honoribus, qui tantâ aliis majore fuit capacitate mentis, & tanto cæteris plus tulit laborum? Imo magis miremini, si ex me intellexeritis, hæc Opera non tantum ab ipso esse edita inter frequentissimas Institutiones Domesticas, quæ magnam sibi solidi diei vindicarunt partem, & inter Consilia Juridica, sive ore sive scripto exponenda, ob quæ frequens adibatur, aliaque majoris momenti negotia Civilia, ad quæ feliciter terminanda prudentia ejus requirebatur; sed & inter quotidianas Filiorum imo totius Familiæ ejus institutiones, quibus statis diei horis vacavit. Florentissima nimirum illi proles ex secundis nuptiis, ad quas post habenas luctui per quinquennium à dissoluto priore matrimonio laxatas animum adjecerat; dispectâ sibi Virgine electæ formæ, probatæ indolis, virtutisque ad rem familiarem singularis, generis denique & Familiæ inter nos honestæ admodum & Conspicuæ, *Judithâ vander Ley*, cui pater Spectatissimus Vir, *Georgius vander Ley*, Solertis ingenii & Judicii exacti Jureconsultus, qui secundâ existimatione multâque cum laude caussas primò oravit apud Supremam tum Batavorum tum Frisiorum Curiam, deinde Dœcesi Danthumadeelanæ à Secretis fuit; cujus pater *Johannes vander Ley*, Mathematicus insignis, sedulam navavit operam, ut artis suæ peritiâ rem nauticam & navigationem maritimam promoveret; quem ejus laborem atque industriam eximiâ prosecuti liberalitate Fœderati Belgii Ordines, ipsi decreverunt honorarium annuum mille ducentorum Carolinorum, quoad in rebus humanis superesset, eodem privilegio in liberos illius atque nepotes propagato: Avus, *Henricus vander Ley*, eâ inter Cives suos dignitate floruit superiore seculo, ut juxta cum aliis Frisiæ nostræ Proceribus delegatus fuerit ad Celeberrimum illum Conventum Trajectinum ad Rhenum, Fœderique inter Belgii Civitates Liberas ibidem pacto, quo adhuc dum stat Belgii Liberi Respublica, subscripserit: fidem quoque hujus rei in Historiâ Frisicâ faciente *Winsemio*. Hanc ille Matronam, decore & virtute ornatissimam, nuper admodum asperum eluctatam morbum ipse nunc tristi fato præve-

nit,

nit, & mœstissimam post se reliquit viduam, frustrà lachrymis & gemitibus amantissimi mariti sui umbram, dum ipsum corpus abest, insequentem. Quod Matrimonium ut floruit Conjugum concordiâ & mutuis amoribus, sic, ut dixi, beatum fuit divite prole, & longâ serie benedictionum, quibus illud Deus singulari suâ Providentiâ prosequutus est. Ex liberis superstites sunt Filii tres, *Zacharias*, Juris Utriusque Doctor, & ad ejusdem Facultatis Extraordinariam nuper, modò Ordinariam Professionem, magnâ Illustrium Academiæ Procerum generositate vocatus; Vir Doctissimus & hoc munere dignissimus, nostra nunc potissimum & pubis Academicæ spes: *Georgius*, ejusdem Scientiæ studiosus Cultor, qui se nuper luculentis profectuum speciminibus non degenerem probavit Parentis sui Filium; & *Renatus*, blandus puer rectæque indolis, atque omnia de se præclara promittens, tanti doloris, quanti ille caussas præ cæteris majores habet, nondum per ætatem capax. Filiæ tres, *Suffrida*, *Agnes*, *Titia*, non modò corporis decore, sed & animi bonis donisque raris, ingenio, pietate, virtute, modestiâ, excellentes; Liberi omnes, per disciplinam Prudentissimi Parentis ad magna instructi, tanto Parente dignissimi, ejusque Virtutum æmuli, absque ullâ, quod rarissimum, Familiæ maculâ. Filios quidem suos doctrinarum capaces Latinæ Græcæque Linguæ Præceptis instruxit ipse & exercuit: & de cætero nullus illi dies sano præterlabebatur, quin, si domi adesset, horis matutinis, tum precibus solennibus, tum etiam lectione & expositione insignioris cujusdam partis Scripturæ Sacræ, domesticis suis omnibus ad fidei virtutisque studium præiret; neque illud temerè, licet mole negotiorum obrutus, neglexit, imo procul omnes abesse jussit, qui ipsum Divino hoc in opere morabantur. O exemplum Jureconsulti, cujusmodi pauca in mundo extant! Qualis tu fuisti, HUBERE, quales nos esse convenit? Quot non tu Jureconsultos, imo quot non confundis Theologos? Cum his nunc comparari velim singulare Personæ ejus decus, & summam, quæ in vultu, moribus, dictis, conspicua fuit, gravitatem. In privo commercio de aliis rarò sermones serebat quam de seriis, sive de Sacris & Politicis, sive de animi sui statu atque regimine; nunquam certè, de quibuscunque etiam dissereret rebus, nisi seriò & graviter. Parcus illi risus, infrequens cachinnus. Adulatorem non ferebat, prohibebat gravitas adulari aliis. Quanta illi gratia & dicendi vis, modò ad dicendum seriò animum applicaret; quanta animi in dicendo præsentia, omnes Vos nostis, Audd. quotquot illum vel in Senatu Collegæ variis occasionibus dicentem, vel in Auditoriis docentem audivistis discipuli. Magna illi promptitudo ingenii in inveniendis rerum argumentis; magna animi capacitas in digerendis, magna memoriæ tenacitas in reservandis & expromendis. quomodo ego illum duas Orationes (alteram de *Pædantismo*, majore cum gratiâ & libertate, quam ab ullo unquam Ordinis nostri Viro:) absque ullo memoriæ subsidio recitantem audivi. In docendo planus & clarus, nullâ usus circumloquutione; in disputando ob summam mentis solertiam & perspicaciam felicissimus. Declamatiunculas in Senatu Promotionum tempore habendas, casibus subinde inexspectatis, rarò meditabatur ante instans celebrandæ illius solemnitatis tempus; nec aberant tamen varietas & cultus. Nullo casu, licet insolen-

tio-

tiore & majoris contemplationis, quales novissimis hisce annis plures acciderunt injucundi, facilè percellebatur, sed æquam semper in rebus arduis servabat mentem. Inprimis in familiari consuetudine Socraticis madebat sermonibus, & admirari solitus fui acre illius de rebus quibusvis sacris & civilibus judicium, per quod ex præsentibus & præteritis futura Vatis instar certò augurabatur. Cum enim Historiam omnis temporis, non recentiorem minus quam antiquam, animo suo complecteretur, & res mundanæ ferè iisdem semper volvantur rotis: facilè illi fuit, quâ fuit acrimoniâ judicii, præsentium & præteritorum institutâ comparatione, rerum eventus, non nimis ab humanâ perceptione remotos, discernere & præsagire. Tandem etiam hoc addam, in victu nullum quæsivisse delectum, sed gulæ irritamenta æquè ac commoditates vitæ, non nimis necessarias, adspernatum esse; & scientem Tertulliani illud; Libidinem & luxuriam ventris castigatione frigescere: passim vigiliis, & non rarò jejuniis, libidinem prævenisse, vel extinxisse. Quæ singula & universa decus illi & existimationem apud omnium Ordinum homines, Literatos imprimis & Juris tam Divini quam Humani peritos, conciliarunt maximam. In Academia quidem magnus semper ad eum fuit concursus non nostræ tantum gentis Juvenum, Frisiorum & Belgarum, sed Exterorum quoque, quos nominis atque eruditionis ipsius celebritas ex Germaniâ, Sarmatiâ, Angliâ, & Scotiâ, alliciebat. Qui hac tempestate Rempublicam aut Curias Juridicas in Patriâ nostrâ regunt, caussisque apud eas patrocinantur, quos inter multi sanè sunt egregii & præclari Viri, maximam partem omnes Civilis sapientiæ Præcepta ex casto & docto ejus ore hauserunt. In Foris autem Curiisque Septem Fœderatarum Civitatum Belgicarum tanta fuit *Huberiani* Nominis auctoritas, & peritiæ prudentiæque ejus existimatio, ut Caussarum Defensores ad scripta judiciaque HUBERI nostri in dubiis implicitisque casibus dudum instituerint provocare, eumque inter clarissima Cujacii, Donelli, Vinnii, Gothofredi, Wissembachii, nomina omni die appellare, quem honorem paucissimis Jurisconsultis ante Fatum suum obtingere, (quando nimirum, pressâ invidiâ, Magnorum Virorum merita æquiore judicio ponderari solent:) non semel ex aliis intelligere memini. Quod si alio etiam argumento firmari opus sit: dabo Vobis singulare illud & verè notabile, quod quater per vitam suam tam in hac quam in vicinis Belgii Civitatibus extra ordinem delectus fuerit Judex ad momentosarum caussarum lites à judicio ordinario Supremi Senatus terminatas *revidendas*, quod ajunt; hoc est, caussam novo liberoque examine instituendo cognoscendam, & sententiâ ultimâ dirimendam. Estque illud sanè huic rei affine, licet alterius ordinis generis, quod Ecclesia Franekerana pietatis prudentiæque ipsius eam rationem habuerit ut illum cooptaverit in venerandum Presbyterium: quo pariter munere per statutum quadriennii tempus decorâ gravitate functus est. Tantus hic Vir fuit, Audd. tantique ingenii & decoris, cujus excessum hoc tempore suspiriis, luctu, & lachrymis nostris, amarè prosequimur. Neque adeo publicas vitæ ejus rationes nunc cum maximè in summam colligere coactus in iis quicquam offendo, quod alicui videri possit cum tantâ Personæ gravitate dignitateque, & tot virtutibus non tam probè constare, quam quod novissimis hisce annis, quibus apud Aca-

demiam egit, se cum Clarissimis quibusdam illius Doctoribus de variis materiis disputando commiserit. inprimis quidem de Usu Rationis in *adstruenda summâ Divini Verbi auctoritate*, & de *Prætorio Paulino*. Nam quod ad alteram illam attinet disputationem de sensu Authenticæ *Habita*, (quod salvo honore meritisque Cl. Antecessoris, qui adversas in illis ἀμοιβαίοις partes sustinuit, dictum sit:) novi ego, &, vel plurimum fallor, vel Deus novit, cui omnia patent arcana, HUBERUM ad illam invitum obtortoque collo raptum esse. De quo quando mihi prorsus silere nefas est, Audd. id quidem Vos primum Vobiscum ut reputetis velim, me, quando de Virtutibus meritisque Amplissimi illius Viri hactenus apud Vos disserui, pro virili equidem & animi mei conscientiâ, de homine tamen loquutum esse mortali, non de Angelo. Quare si Defunctus noster in his quoque Disputationibus vel affectui aliquid dedisset, vel nimio abreptus æstu, ut magna ingenia solent, adversarios non eâ semper moderatione animi accepisset, quam Christianæ disciplinæ rigor exigit, (quod tamen ipsum quantum est suo nunc relinquo loco:) quis id etsi non probet, magnopere tamen miretur? Quotusquisque enim Magnorum Virorum, quibus ingenium severius & acrius, ut Magni quoque Viri suos patiuntur manes, eodem hoc vitio non laboravit? Est tamen hic aliud, Audd. quo Vobis absque ullâ alterius famæ obtrectatione, vel arbitrio illarum controversiarum mihi vindicato, satisfacere possim. Sententiam de Divinitate Scripturæ Sacræ ex Testimonio Spiritus S. cognoscendâ, quam ex *Calvino* imbiberat, persuasum sibi habebat nullo modo conciliari posse cum adversâ illâ, quâ Divinitas Verbi Dei non nisi ex Ratione demonstrabilis fertur, quin imo hoc assertum posterius illam manifestò convellere & destruere Gratiam quâ Deus hominem vitiosum & miserum ad imaginem suam instauraturus fidem veritatis obsignat in animis Credentium, cujusque vim & fructum ipse variis casibus expertus erat. Cujus gratiæ virtutem cum à Juvene Philosopho ignorari, & aliàs etiam per ratiocinii humani frequentiorem commendationem, quam in Christianismo fieri par est, obscurari putaret, hoc se existimavit illius gratiæ gloriæ debere ut illius vindicias in publico susciperet. Quam itaque disputationem quin animo recto, Divinæ studio gloriæ, ingressus sit, hactenus nunquam dubitavi; etsi de disputationis ipsius momento verecundia inpræsentiarum pluribus agere vetet. Porrò in exequendis disputationibus pro gloria Dei susceptis eadem HUBERI ratio quæ Calvini, cujus instituta moresque vehementer probabat. Cum in aliis laudem habeat τὸ μηδὲν ἄγαν: in iis quæ pro Divinâ aguntur gloriâ non pigrè & frigidè sed strenuè procedendum esse arbitrabatur, impedimentis, si quæ in viâ occurrant, & res aliter confici non possit, vi remotis. Quod judicium si quandoque ὁ Μακαρίτης singularibus quibusdam casibus cum Præstantissimis seculi superioris Viris nimis validè applicaverit: (quod rursus meum non est arbitrari:) absit tamen ut propterea vel existimatio de illius meritis apud nos vilesceret, vel pietatem ejus suspectam haberemus. Imo verò, quæ singulares Defuncto rationes fuerint, caussam illam tanto cum fervore, &, quo vidimus, modo, persequendi, ex ipsis ejus scriptis æquâ ponderent mente

te rerum Arbitri; & suum quidem judicium habeant sibi, sed summum de hisce controversiis judicium Deo reservent. De Prætorianâ autem controversiâ, quam inter ipsum & Celeberrimum quendam Doctissimumque Virum, Academiæ pariter nostræ tum temporis Ornamentum, magnâ utrinque & pertinaci animorum contentione hic loci novissimis hisce annis agitatam seriò dolemus, sic existimo; Amplissimum HUBERUM, observationem *Perizonianam* censurâ notantem, non præcepisse mente, parvam illam scintillam tantum excitaturam esse incendium. Et cum neque mihi conveniat neque hujus etiam sit loci definire, an illic humanitatis, hic honoris & observantiæ debitæ Leges probè observatæ sint, de quo invicem multis expostularunt; neque etiam fortè tam accuratè definiri possit, quis ignis occultus tantam flammam concitaverit, quis aluerit: potius est ut deploremus mortalium miseram sortem, ipsis fato quodam veluti destinatam, quod, cum in mutuam conspirare possent & deberent felicitatem, nunc iis se ultrò privent bonis pacis & concordiæ, in quibus felicitatis humanæ pars consistit maxima. *Dii Jovis in tectis*, ut ille ait, *miserantur mortalibus tantos esse labores*. Date igitur Audd. hic aliquid humanæ imbecillitati, quâ parte labes Vobis hærere visa fuerit, & cogitate quod verum est, dum lis ex lite serebatur, & neutra pars alteri cedere statutum habebat, casu potius quam consilio factum esse ut hæ literariæ contentiones flammam ipsarum Partium Adversarum opinione adversus Amicorum vota latius sparserint: quæ tamen res tam non est nova in Republicâ literatorum, ut contrà satis constet à quo tempore renata sunt in Europâ liberalium doctrinarum studia, non paucos extitisse eruditione Clarissimos homines, qui in ejusdem generis conflictibus styli acrimoniam exercuerint vel experti sint, si ita res casusque ferrent.

Protraherem longius meam hanc Orationem, Audd. nec deesset dicendi materia, nisi scirem evitare me prorsus non posse, quin de eo dicam, de quo maximè dicere reformido, hoc est, de ultimo Amplissimi Viri, meique Amici honoratissimi, fato, quod illum tum hisce subduxit litibus, tum longas ejus de maximis Operibus spes præcidit. Scilicet etsi immortale sibi in terris per labores nomen pepererit HUBERUS, terrestrem tamen hanc vitam eo immortalem reddere non potuit. Imo quis dubitet, quin Defunctus infinitis illis occupationibus laboribusque suis, quibus sibi immortalitatem comparavit, mortalitatis fatum acceleraverit? Initium mali à quartanâ febri, cujus primum impetum post novissimas Caniculares ferias sensit, in ingravescente ætate gravioris ut plurimum præsagâ tempestatis, quam *tamen valentis naturæ robore* & *interveniente accurato vitæ instituto* superasse visus est. Fruebatur enim cæteroquin Defunctus valetudine ad speciem satis prosperâ & constante, neque hactenus ulli senectutis vitio succubuerat. Sed post debellatam quartanam „gravioris mali ferocia se manifestavit „(judicium hic sequor Celeberrimi Viri, *Philippi Matthæi*, Medicinæ Pro-„fessoris apud nos Honorarii, Amici admodum colendi:) Humor acris stag-„nans intra pulmones latentem ibi vomicam produxerat, quæ tandem recru-„descente asperrimâ tussi ruptâ gravem circa primos morbi dies & præcipitem „virium exolutionem introduxit, continuò exardescente ardore febrili, factâ-„que secessione colluviei purulentæ per vias urinarias, & continuâ ejectione

„ sputi purulenti sanguine tincti, accedente crebriore solutione alvinâ turbatâ-„ que sensuum integritate. Magna mala, Audd. certaque instantis fati praenuncia, in quibus tamen nullum molestius, quam quod magno huic ingenio vires suas in extremis explicare suaeque vim fidei demonstrare datum non sit. Etsi remittentibus subinde ardoribus febrilibus, ubi integer ipsi erat rationis usus, quid animo agitaret volveretque, satis prodiderit. Preces enim, quandiu mens ab aestu febrili conturbata non est, ac vires ipsi constabant, ad Deum fudit ardentissimas, & fusas, à se praedicabat intellectas. *Nostis*, (sic inter alia os pium praedominante ratione:) *Domestici mei, quid mihi in universâ vitae meae ratione maximè curae & cordi fuerit: id ipsum nunc sector, Jesum quaero, mortem non reformido.* Aliàs & hoc ab ipso exceptum est; *Sapientiam humanam nimis misceri cum sapientiâ Divinâ*; &, *Theologos à se invicem in multis dissentire, sed unum Jesum, unicam esse salutis viam.* In ultimis quoque, etsi pectoris summa angustia vocem praecluderet, signis tamen testatum fecit, se, quae à nobis ingeminabantur, quomodocunque assequi. Donec tandem, exardescente magis magisque febri & *fatiscente pulmonum* officio, animam suam, postquam illam Deo commendassemus, & hoc meo ore illi ultimum vale ac Paradisum condixissem coelestem, Christo Servatori suo placide reddidit, a. d. VI. Id. Novemb. horâ circiter matutinâ octavâ; exactis in vitâ suâ mensibus ferè octo suprà annos octo & quinquaginta: relicto nobis sui ardentissimo desiderio, fragilitatis humanae irrefragabili argumento, & praeclaro virtutis exemplo.

Quae ubi huc usque prosequutus sum, Audd. non expectabitis nunc porrò à me, ut magnum hujus luctuosi casus momentum pluribus verbis explicem. Utique si quae de meritis hujus Viri ex vero praedicavi ad animum vestrum refertis, & eum inopinato hoc illius obitu comparatis, vel lapides estis, vel lugetis. Si Patriam amatis: Patria insigni nunc caret ornamento, quo nuper superbiebat. Si Ecclesiam amatis, privatam illam videtis parte suae communionis externae spectatissimâ, quae exemplo pietateque; imo & eruditis Scriptis, illi praeluxit. Si cura Vobis sit Academiae, orbata illa est praecellentissimo Doctore, quo tanquam corusco sidere nuper illustrabatur. Si Juris amatis prudentiam, caretis Praeceptore, Juvenes, absit invidia dicto, Doctrinâ & experientiâ hac in scientiâ nulli secundo. Si denique aliquâ ducamini reverentiâ & observantiâ erga moestam Defuncti Familiam, ut Vos duci par est, magno illam orbatam videtis columine, quo nuper insigni cum decore sustinebatur. Quas caussas doloris cum ego omnes ferè cum aliis communes habeam, tum accedit, quod Ego speciatim per hoc fatum privatus sim amico conjunctissimo, cujus mihi commercium ut suave fuit & ad prudentiae pietatisque profectum perutile, sic valdè honorificum censui. Vos tamen, Ampliss. Clariss. Viri, Defuncti Filii superstites, hoc ictu gravissimè percelli par est, ut Vos perculsos & dolore obrutos video. Parentem amisistis verè Parentem; Virum magnum; non gloriosum tantum Vobis sed & bonum; qui pari studio tam suam existimationem quam vestra commoda secundum utramque partem quâ homines estis promovit; & quem Vos vicissim non tantum aestimastis & reveriti estis, sed tenerrimo quoque & vere Filiali prosequuti estis amore, & obsequio constante. Quis Vos lachrymas-

hoc

hoc in casu fundere, quis suspiria ducere miretur; imo quis non vehementer miraretur, si acerbum hoc fatum absque gravi aliquâ commotione exciperetis? Ergo cum luctus mœstitiæque Vestræ rationes ipse ego non inprobem, neque eas proin penitus tollere possim, aut si possim velim: utinam saltem dolori vestro levamen aliquod adferre queam! Nostis, Honoratissimi Amici, absque voluntate Patris nostri Cœlestis ne pilum quidem de vertice nostro cadere, illius Voluntatem sanctam semper, sapientem, quin imo & bonam esse utilemque iis, quos diligit in Christo Jesu. Quod si igitur vero sensu amoris Dei in Christo per Spiritus S. gratiam adfecti sitis, ut confido; agnoscite humiles sanctæ hoc, prudentis, & bonæ Voluntatis Divinæ Imperium, Parentemque hunc Vestrum sic lugete, ut Supremum Optumumque Parentum Vestrum Cœlestem ne offendatis. Prætereà hoc meditemini, Parentem Vestrum *mortuum esse in Domino*. Quod cum aliàs trepidè, hic asseveranter prædicamus. Sed verò beati sunt, qui in Domino moriuntur. Quarè si & Vester Parens verè in cœlis secundum solidissimam fidem Evangelicam beatus agat. Vestro ne facite dolore, ut beatitudinem illi invidere videamini, quem quam maxumè beatum cupere vos & velle oportet. Quin proderit etiam aciem mentis Vestræ non nimis figere in præsente casu, sed illam à præsentibus avertere & declinare ad præterita, gratoque animo considerare non exigua sanè beneficia florentissimæ Familiæ Vestræ in hoc Parente Vestro per prolixum annorum tractum collata. Et si omninò ad præsentia respicere velitis, reflectite potius meditationes Vestras ad hoc ipsum Beneficium, quod Divina manus ipsa veluti temperamentum & medicinam doloris Familiæ Vestræ nunc recens attulit, Fratre Vestro *Zachariâ*, nuper ad Extraordinariam, modò Ordinariam Juris Professionem spectatissimâ Celsissimi Principis & Illustrium Academiæ Procerum generositate promoto, ut Parentis Vestri nomen, fama, eruditio, in hac Academiâ perennarent: quod idem Deus felix faustumque esse velit. Utique qui vulnerat idem est Deus cum eo qui sanat; sive vulneret sive sanet, semper à nobis adorandus. Vos interea operam date, ut, quod hactenus fecistis, tanti Parentis decus in Personis Vestris ipsi repræsentetis, ut qui mortuus est, non sanè mortuus, sed in Vobis vivere deprehendatur. Tu quidem, Ampliss. *Hermanne*, ad arduum munus magnosque evecte honores, ut Parentis tui in Te exprimas *Prudentiam*, & Patriæ saluti libertatique diligenter invigilare pergas, ad quod tam naturâ quam institutione & cultu paterno Te instructissimum esse cum aliàs semper, tum nuper in arduo negotio luculenter probasti. Tu verò, *Zacharia*, nunc Collega conjunctissime, ut Parentis tui *Eruditionem* dotesque æmuleris, & ad eandem assurgas gloriam in literis, eandemque tam Tibi quam Academiæ nostræ celebritatem parias, quam b. m. Parens Tuus tam sibi quam huic Loco conciliavit; cujus tanto nobis spem fecisti majorem, quanto nuper majore plausu Institutiones privatas auspicatus es. Vos verò Ornatissimi Filii, *Georgi & Renate*, ut præclara illa tam Vestri Parentis quam Fratrum Vestrorum vestigia alacriter legatis, ut ad idem honorum culmen olim eadem viâ perveniatis, & Familiæ Vestræ decus pro virili tueamini. Id ipsum verò est, Audd unde Vos quoque petere velim argumentum consolationis. Parens occubuit: lugemus fatum. Sed en Vobis Phœni-

nicem alium ex cineribus Defuncti exsurgentem, & spem de se Academiæ facientem maximam! Hunc Vos Filium loco Parentis, cujus dotium virtutumque hæres est, colite; Vestrâque facite industriâ frequentiâque, Nobilissimi Juvenes, ut jacturam, quam Academia in Parente nobis erepto fecit, per Filium, aliosque Clarissimos Viros, huc ad Jus docendum modò vocatos, resarciri gaudeamus. Sic tamen colite Filium, ut præclarum exemplum studiorum & vitæ, quod Vobis in Parente HUBERO descripsimus, nunquam animo Vestro excidere patiamini. Vos præsertim meæ Gentis homines, Frisii, cujuscunque studii aut scientiæ, videte in exemplo HUBERI, Frisiis magis deesse diligentiam quam facultatem, ut ad magna enitantur. *Disce*, ait ille, *puer virtutem ex me, verumque laborem: fortunam ex aliis.* Sed ex hoc exemplo, quod ego vobis præmonstravi, utrumque discetis. Inprimis hoc agite, ut cum cujuscunque scientiæ professione conjungatis sinceram Reverentiam Numinis, quâ Defunctum Vobis præeuntem & ad amplissimos grassantem vidistis honores: absque quâ Dei reverentiâ omnis scientia in stultitiam vertitur, omne studium plus obest quam prodest. Mortalitatis & fatalis horæ memores sic semper & ubique vivite, ut ultimam quamque lucem tanquam non redituram consumatis. Imo Domine, doce nos vivere, doce mori. Vivemus autem tum demum, si Tibi vivamus; moriemur, ut nobis mori convenit, si Tibi moriamur. Doce igitur nos omnes Tibi vivere, ut Tibi moriamur, & cum morte majorem & constantiorem lucrifaciamus felicitatem. Tu interea, HUBERE beate, macte illâ conditionis optumâ sorte, quâ inpræsentiarum frueris. Habes quod optasti; quod ardentissimis precibus per totam vitam tuam à Deo efflagitasti. Versaris liber à corpore mortis apud Dominum. Sæpè mihi non vanus dixeras augur, Te nullam tibi ante mortem in his terris quietem polliceri; quieturum demum postquam hac vitâ defunctus fuisses. Ergo quiesce nunc à laboribus tuis, te non destituturis in die Domini. Nos qui in terris hactenus superstites agimus, ad eandem anhelantes beatitatem, per Divinam allaborabimus gratiam, ut nunc quidem jucundissimo tuo commercio carere coacti, licet spiritu conjuncti, serius ocyus Tecum in communione ejusdem Domini ad eandem spem gloriosæ resurrectionis reduniamur. Amen. Vale anima HUBERI beata!

D I X I.

